



Liana Gorberg Valdetaro

**Abrindo janelas de mediação no processo
arbitral e judicial**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Mestrado em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

Orientador: Prof. Ronaldo Eduardo Cramer Veiga

Rio de Janeiro
Maio de 2025



Liana Gorberg Valdetaro

**Abrindo janelas de mediação no processo
arbitral e judicial**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Mestrado em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo:

Prof. Ronaldo Eduardo Cramer Veiga

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Profa. Aline de Miranda Valverde Terra

Departamento de Direito – PUC-Rio

Profa. Flávia Pereira Hill

Cartório do Registro Civil de Pessoas Naturais do 1 Distrito

Rio de Janeiro, 06 de maio de 2025

Todos os direitos reservados. A reprodução, total ou parcial, do trabalho é proibida sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Liana Gorberg Valdetaro

Advogada e mediadora. Pós-graduada em “*Business Direito da Economia e da Empresa*” pela FGV-RJ. Pós-graduada em Negociação, Mediação e Resolução de Conflitos pela UCP – Universidade Católica Portuguesa. Especializada em Mediação e em Negociação pelo “*Program on Negotiation da Harvard Law School*”. Bacharel em Direito pela PUC-RJ. Vice-Presidente do CBMA – Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem. Vice-Presidente para Projetos Internacionais do Polo Brasil do ICFML – Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos. Membro da Comissão de Arbitragem e da Comissão de Mediação e Métodos Consensuais da OAB/RJ.

Ficha Catalográfica

Valdetaro, Liana Gorberg

Abrindo janelas de mediação no processo arbitral e judicial / Liana Gorberg Valdetaro ; orientador: Ronaldo Cramer. – 2025.

178 f. : il. color. ; 30 cm

Dissertação (mestrado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2025.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Resolução de conflitos. 3. Métodos adversariais ou heterocompositivos e métodos consensuais ou autocompositivos. 4. Processo judicial e arbitral. 5. Janela de mediação. 6. *Mixed modes*. I. Cramer, Ronaldo. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Agradecimentos

Ao meu marido Délio, pelo apoio incondicional em todos os momentos desde que lancei a ideia de fazer a prova para o mestrado a essa altura da vida, e aos meus filhos, Leticia e Daniel, cada qual à sua maneira, demonstrando suporte e carinho.

Aos meus pais, Guyta e Samuel, que sempre incentivaram a busca pelo conhecimento.

Ao meu orientador, Prof. Ronaldo Cramer, pelos comentários cirúrgicos que fizeram toda diferença na elaboração do presente trabalho, bem como às integrantes da banca de qualificação Profa. Aline de Miranda Valverde Terra, Profa. Samantha Pelajo e Profa. Roberta Mauro Medina Maia, que me ajudaram a estruturar o pensamento.

Por fim, à minha companheira das noites de escrita Athena, *in memoriam*, que não resistiu e sucumbiu durante o processo e à novata Lily que tem se mostrado persistente na tarefa de “estagigata”.

Resumo

Gorberg Valdetaro, Liana. **Abrindo Janelas de Mediação no processo arbitral e judicial**. Rio de Janeiro, 2025. 178p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Não é de hoje que os métodos extrajudiciais de resolução de disputas são reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro, cabendo destacar a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) que teve a sua constitucionalidade declarada em 2001 e foi alterada pela Lei nº 13.129/2015. Dentre os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, os consensuais ganharam impulso a partir da Resolução CNJ nº 125/2010 e, posteriormente, com a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e o Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015). Dentre eles, a mediação prévia ao processo judicial ou arbitral ganhou certa notoriedade, principalmente pela crescente adoção da cláusula escalonada med-arb, como forma a evitar a formalização da disputa. Nesse contexto, muito se fala sobre a mediação prévia, mas pouco se estuda sobre o uso da mediação quando já há processo judicial ou arbitral em curso, como se as opções pelos procedimentos de resolução de disputas adotados fossem excludentes e o caminho litigioso uma via sem volta. A janela de mediação constitui justamente a oportunidade de adoção de um método consensual de resolução de disputas no curso de um método adversarial já instaurado. Mas sabendo que a mediação decorre da vontade das partes, é permitida a qualquer momento do processo judicial ou arbitral, por que ela não é utilizada? O que se abordará no presente estudo é justamente por que, quando e como usar a janela de mediação em meio ao processo judicial e arbitragem em curso. “Porque” significa quais as barreiras para o uso da mediação que a janela de mediação pode ajudar a ultrapassar, levando em conta que nem sempre partes e advogados estão abertos a recalibrar suas estratégias, forças e fraquezas durante o caminho litigioso escolhido. “Quando” significa a ocorrência de fatores como informação, controle do procedimento, adequação do resultado, custo financeiro e emocional, além do tempo, que afetam o prognóstico de êxito inicialmente elaborado. “Como” significa o modo de colocar em prática a janela de mediação por parte das instituições (Câmaras) e dos árbitros e juízes nessa tarefa. São esses aspectos que constituem o foco do presente estudo.

Palavras-chave

Resolução de conflitos; Métodos adversariais ou heterocompositivos e métodos consensuais ou autocompositivos; Processo Judicial e arbitral; Janela de Mediação; *Mixed Modes*.

Abstract

Gorberg Valdetaro, Liana. **Opening Mediation Windows in Arbitration and Judicial Proceedings**. Rio de Janeiro, 2025. 178p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The use of extrajudicial dispute resolution methods has long been recognized within the Brazilian legal framework, with particular emphasis on the Arbitration Law (Law No. 9,307/1996), whose constitutionality was affirmed in 2001 and subsequently amended by Law No. 13,129/2015. Among extrajudicial conflict resolution methods, consensual mechanisms gained traction following CNJ Resolution No. 125/2010 and, later, the Mediation Law (Law No. 13,140/2015) and the 2015 Code of Civil Procedure (Law No. 13,105/2015). Among these mechanisms, pre-litigation mediation has gained some prominence, primarily due to the increasing adoption of the med-arb step clause as a means of preventing the formalization of disputes. In this context, much is discussed about pre-litigation mediation, but little attention is given to the use of mediation when a judicial or arbitral proceeding is already underway, as if the choice of a particular dispute resolution method were mutually exclusive and the path of litigation were an irreversible course. The mediation window precisely represents the opportunity to adopt a consensual dispute resolution method within an already established adversarial proceeding. However, considering that mediation is based on the parties' willingness and is permitted at any stage of judicial or arbitral proceedings, why is it not widely utilized? The present study seeks to explore why, when, and how to use the mediation window during ongoing judicial and arbitral proceedings. "Why" pertains to the barriers preventing the use of mediation, which the mediation window can help overcome, given that parties and attorneys are not always open to recalibrating their strategies, strengths, and weaknesses during litigation. "When" refers to the occurrence of factors such as information, procedural control, outcome suitability, financial and emotional costs, and time, all of which impact the initial success prognosis. "How" relates to the manner in which institutions (Chambers), arbitrators, and judges can implement the mediation window in practice. These aspects constitute the central focus of the present study.

Key words

Dispute resolution. Adversarial or heterocompositive methods and consensual or autocompositive methods; Judicial proceedings and arbitral proceedings; Mediation Window; Mixed Modes.

SUMÁRIO

Introdução	12
1. Compreensão do conflito e os métodos de resolução de disputas	19
1.1. Escalada do conflito	19
1.2. Repensando a resolução de disputas para além do processo judicial	34
1.3. Métodos heterocompositivos ou adversariais	44
1.3.1. Processo judicial	45
1.3.2. Arbitragem	46
1.4. Métodos autocompositivos ou consensuais	51
1.4.1. Negociação	53
1.4.2. Conciliação	53
1.4.3. Mediação	54
2. Janela de Mediação	63
2.1. A visão clássica da mediação prévia	63
2.2. Cláusulas escalonadas	69
2.3. Conceito	72
2.4. Tratamento Legal	77
3. Por que usar a Janela de Mediação	83
3.1. Perda do protagonismo	94
3.2. Receio de parecer fraco	96
3.3. Falta de compreensão como técnica	98
3.4. Redução dos honorários	100
4. Quando usar a Janela de Mediação	104
4.1. Informação	104
4.2. Controle do procedimento e adequação do resultado	107
4.3. Custo financeiro e custo emocional	115
4.4. Tempo	124

5. Como usar a Janela de Mediação	129
5.1. Natural ou programada	129
5.2. Mediador reserva	135
5.3. Suspensão dos procedimentos já instaurados	137
5.4. Papel do juiz e do árbitro	142
5.5. Janela institucional	152
6. Conclusão	166
7. Referências bibliográficas	170

Lista de figuras

Figura 1 – Escala Glasl do conflito

24

Lista de abreviaturas

AAA – *American Arbitration Association*

ABA – *American Bar Association*

ADR – *Alternative Dispute Resolution*

BATNA – *Best alternative to a negotiated agreement*

CAMARB – Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial Brasil

CAM-CCBC – Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá

CAMFIEP – Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná

CAMFIESP/CIESP – Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP

CBAr – Comitê Brasileiro de Arbitragem

CBMA – Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem

CEDR – *Centre for Effective Dispute Resolution*

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CPR – *International Institute for Conflict Prevention and Resolution*

GEMEP – Grupo de estudos em mediação empresarial do CBAr

ICC – *International Chamber of Commerce*

ICJ Brasil – Índice de Confiança na Justiça Brasileira

IMI – *International Mediation Institute*

JAMS – *Judicial Arbitration and Mediation Services*

MAANA – Melhor alternativa à negociação de um acordo

MASC – Métodos adequados de solução de conflitos

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

PIB – Produto Interno Bruto

Introdução

Divergências fazem parte do dia a dia de qualquer indivíduo que viva em sociedade. Elas ocorrem corriqueiramente no âmbito familiar, escolar, condominial, comercial, de trabalho e empresarial, para citar apenas algumas. Não raro, essas divergências crescem e se transformam em conflito, na acepção de oposição de interesses entre duas ou mais pessoas. E, quando menos se espera, o conflito cresce e se está diante de um comportamento de polarização e antagonismo, no qual tudo o que se quer é vencer o oponente.¹

Tal fenômeno ocorre nas mais pequenas situações, desde o serviço não resolvido da operadora de telefonia ao produto que veio errado e não se conseguiu trocar, passando pelo *overbooking* da companhia aérea, o barulho do vizinho, o aumento da mensalidade escolar, os juros do cartão de crédito, a divergência entre os sócios até a disputa contratual milionária. Não importa, passada a tentativa inicial de diálogo, quando não se consegue demover o convencimento (e posicionamento) da parte contrária, se instaura o conflito e, a partir dele, o caminho seguinte costuma ser o processo judicial ou a arbitragem.²

O hábito da era moderna, quase que inerente (e quiçá inconsciente) do ser humano de buscar automaticamente o Judiciário para solução dos seus problemas transferindo a responsabilidade para o terceiro julgador – o juiz – acabou por contribuir com o congestionamento dos tribunais.³

Por mais que não seja o único responsável, é inevitável não mencionar o congestionamento do Poder Judiciário e a demora na entrega tempestiva da prestação jurisdicional como um dos principais fatores de descontentamento que

¹ Como se verá no decorrer da dissertação, Friedrich Glasl analisou a transformação da divergência em conflito, no que ele denominou de “nove degraus da escalada do conflito”. GLASL, Friedrich. *“Autoajuda em Conflitos: uma metodologia para reconhecimento e solução de conflitos em organizações”*. 4ª ed. São Paulo: Antroposófica: ADIGO – Apoio ao Desenvolvimento Individual, Grupal e Organizacional, 2012.

² Salvo as raras exceções que permitem a autotutela pelas partes, cabe ao Estado-juiz decidir os conflitos, tarefa que cabe ao Poder Judiciário mediante o exercício da atividade jurisdicional.

³ A 21ª edição do “Relatório Justiça em Números 2024”, ano base 2023, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, reúne informações dos 91 órgãos do Poder Judiciário, incluindo o Superior Tribunal de Justiça, à exceção do Supremo Tribunal Federal. O aludido relatório informa que o ano de 2023 terminou com um estoque de 83,8 milhões de processos em tramitação no judiciário brasileiro, incluídos os suspensos, sobrestados ou arquivados provisoriamente³, o que significa um acréscimo de 1,1% em relação ao ano de 2022. Se consideramos apenas as ações novas ajuizadas, excluindo os processos em grau de recurso ou em fase de execução, se tem o total de 35,3 milhões de processos novos, o que corresponde a um incremento de 9,4% com relação ao ano anterior e considerado o maior número da série histórica de quase vinte anos. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 04 jun. 2024.

motivou o questionamento sobre a efetividade da prestação jurisdicional estatal que não se resume no acesso à justiça.⁴ Já não basta o acesso à justiça estar disponível; elementos como tempestividade, forma, segurança, arbítrio e justiça passaram a ser questionados.⁵

O conceito de acesso à justiça foi sendo, portanto, ampliado para abarcar a ideia da adequação e efetividade da solução, como concretização da ordem jurídica justa. Assim sendo, a hegemonia do método processual estatal tradicional passou a ser questionada, por não entregar o resultado almejado sob o aspecto da tempestividade e adequação.

Nesse contexto, muito tem se falado sobre os mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos e, embora ainda haja certa primazia do processo judicial e da aplicação da lei, cada vez mais se admite a convivência da jurisdição estatal com outros métodos de resolução de conflitos, os denominados ADRs, que em inglês significam *Alternative Dispute Resolution* e, em português, são denominados “métodos adequados de solução de conflitos”, “mecanismos adequados de resolução de disputas”, “métodos alternativos de resolução de conflitos”, “meios alternativos de resolução de controvérsias”, “MASC – métodos adequados de solução de conflitos”, sejam heterocompositivos ou autocompositivos.

Tanto é assim que se costuma dizer que o uso dos métodos consensuais de resolução de conflitos reflete o grau de evolução de uma determinada sociedade.⁶

A validade da resolução extrajudicial de disputas, ou seja, fora do âmbito do Poder Judiciário, já foi reconhecida desde a declaração de constitucionalidade da Lei nº 9.307/1996⁷ (“Lei de Arbitragem”) que permite às partes convencionarem

⁴ Nesse sentido Erik Navarro Wolkart:

“Mais especificamente, pensamos que a doutrina de direito processual civil, extremamente bem-sucedida no desenvolvimento dogmático da ciência processual, pouco contribuiu para a solução prática do problema da entrega tempestiva e efetiva da tutela jurisdicional. Muito se pensou na tutela justa (e isso foi realmente necessário), mas, diante do cenário atual que nega o substantivo, inutiliza-se o adjetivo. É que, sem efetividade, não há tutela para qualificar como justa. Em verdade, nega-se jurisdição e acesso à Justiça, em clara violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal”. WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 31.

⁵ WOLKART, Erik Navarro. Op. cit, p. 16.

⁶ Não se sabe ao certo a autoria desta frase, mas ela é bastante mencionada e repetida nos eventos sobre métodos de resolução de conflitos como mediação e arbitragem, sobretudo nos eventos internacionais.

⁷ A denominada “Lei de Arbitragem” foi alterada pela Lei nº 13.129 de 26/05/2015.

submeter litígios sobre direitos patrimoniais disponíveis à arbitragem, afastando a jurisdição estatal.⁸

Na época, diversos foram os debates sobre a constitucionalidade de se afastar a jurisdição estatal⁹, tendo o Supremo Tribunal Federal declarado, de forma incidental, a constitucionalidade da Lei de Arbitragem através do AgRg na SE 5.206-7 julgado no ano de 2001.¹⁰ Na ocasião, entendeu-se que a manifestação de vontade das partes contratantes, de afastar o Poder Judiciário e atribuir a competência para resolução da disputa a particulares – os árbitros – atribuindo-lhes o exercício da função jurisdicional, não ofenderia o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

De fato, o art. 31 da Lei de Arbitragem atribui à decisão arbitral (sentença arbitral) o mesmo caráter e efeitos da sentença judicial, dotando-a, inclusive, de natureza de título executivo judicial, o que também foi encampado pelo artigo 515, VII, do Código de Processo Civil.¹¹

Embora seja método de resolução de disputas extrajudicial e, portanto, considerado dentro do que se denomina “métodos adequados de resolução de disputas - ADRs”, a arbitragem constitui método adversarial¹² na medida em que a decisão é imposta às partes por um ou mais de um terceiro neutro e imparcial – o(s) árbitro(s) –, a quem elas atribuem o poder de decisão.¹³

Ainda dentro dos ADRs há uma outra categoria de mecanismos de resolução de disputas, que são os autocompositivos ou consensuais, como a conciliação e a mediação. Nestes métodos não há a imposição da decisão, pois o terceiro neutro e imparcial – o conciliador ou o mediador – facilita a comunicação entre as partes e as auxilia a buscar uma solução sem, no entanto, impor uma decisão.

⁸ Há que se rememorar o contexto histórico pelo qual o Brasil passava, com controle da inflação e abertura para investidores estrangeiros, com o que a Lei de Arbitragem se coadunava perfeitamente no cenário empresarial. LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 65.

⁹ Frente ao inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

¹⁰ AgRg na SE 5.206-7, Ministro Relator Sepúlveda Pertence, j. 12/12/2001.

¹¹ “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

(...)

VII- a sentença arbitral”.

¹² Diz-se adversarial porque tanto na arbitragem quanto no processo judicial é um ou mais terceiros que impõem a decisão às partes, que a ele outorgaram, consensualmente, o exercício da tutela jurisdicional de decidir a disputa e impor-lhes a decisão, mantendo a polarização entre vencedor e vencido.

¹³ Aos árbitros é atribuída função jurisdicional.

Atribui-se, assim, aos métodos consensuais de resolução de disputas os benefícios de redução do tempo e custo envolvidos, controle do processo e do resultado, customização do procedimento e construção do resultado, o que afasta a incerteza da decisão imposta por um terceiro (tal como ocorre no processo judicial ou arbitral)¹⁴, além da sustentabilidade do acordo alcançado pelas partes, que possui eficácia de título executivo extrajudicial.¹⁵

Diante de tais aspectos positivos, os métodos consensuais de resolução de disputas não apenas ganharam mais visibilidade como passaram a ser mais utilizados nos últimos tempos, movimento que vem ganhando corpo desde a edição da Resolução nº 125/2010¹⁶ do CNJ que considera, até mesmo, o uso dos métodos não adversariais de resolução de conflitos como política pública.

O ano de 2015 também é considerado um marco de impulsionamento dos diversos métodos de resolução de disputas, ante a promulgação da Lei nº 13.140/2015, a chamada Lei de Mediação e da Lei nº 13.105/2015, que introduziu o então novo Código de Processo Civil. Tais marcos legislativos trouxeram incentivo e segurança jurídica para a adoção dos métodos extrajudiciais de resolução de disputas.

O diferencial do Código de Processo Civil de 2015 consiste em encampar os métodos autocompositivos para dentro da sistemática do processo civil, estimulando a adoção da solução consensual dos conflitos por todos os atores como juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público¹⁷ e colocando entre os deveres do juiz “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”.¹⁸ Nesse sentido cabe mencionar, ainda, a disposição do artigo 334 do Código de Processo Civil, que prevê a realização de uma “audiência” de mediação logo ao início do

¹⁴ “As vantagens da mediação têm sido laboriosamente propagadas e sabemos que não se resume à economia de custos pelas partes. Por meio dela, o risco e a incerteza de uma decisão judicial proferida por um juiz selecionado aleatoriamente para resolver o conflito são substituídos por uma solução elaborada pelas próprias partes com a ajuda de um mediador escolhido por elas”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de and PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. “Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça”. in PAIVA MUNIZ, Joaquim de, VERÇOSA, Fabiane [et. al]. *Arbitragem e Mediação: temas controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, out. 2014, p. 332.

¹⁵ Art. 20, §único da Lei de Mediação e art. 784, IV do Código de Processo Civil.

¹⁶ E respectivas Emendas nº 01/2013, Emenda nº 02/2016, Resolução nº 290/2019, Resolução nº 326/2020 e pela Resolução nº 390/2021.

¹⁷ Vide artigo 3º e §2º e §3º do Código de Processo Civil.

¹⁸ Vide artigo 139, V do Código de Processo Civil.

processo, ao ser recebida a petição inicial, mas antes da resposta do réu. A intenção do legislador foi oportunizar um momento de diálogo entre as partes que pudesse vir a solucionar a disputa e evitar o desenrolar do procedimento.

No entanto, mesmo com nítidos benefícios, não se deve depositar nos métodos consensuais adequados ou alternativos de resolução de conflitos, como a mediação, o peso (nem a responsabilidade) de ser a solução para o congestionamento judicial, como se fosse panaceia para os problemas do Poder Judiciário.

Isto porque, não é incomum nos depararmos com a ideia (quase que romântica) do uso da mediação como solução completa a evitar a judicialização e/ou a arbitragem. De fato, a mediação tem se mostrado bastante eficaz na resolução imediata de muitos conflitos, evitando a necessidade de instauração de outros procedimentos.¹⁹

As cláusulas escalonadas, por exemplo, refletem justamente a ideia de adoção sequenciada de métodos de resolução de disputas, comumente começando pela adoção de métodos consensuais como negociação, conciliação e mediação e, caso a disputa não seja resolvida, passa-se para os métodos adversariais seguintes como a arbitragem ou o processo judicial.²⁰

Elas vêm sendo amplamente utilizadas em contratos comerciais, ao preverem uma sequência no uso de métodos de resolução de disputas, passando-se ao posterior na hipótese de não solução pelo primeiro.²¹

No entanto, isso não significa que a mediação somente deva ser utilizada no momento inicial da disputa e, caso não consiga encerrar o conflito, parte-se para o caminho adversarial judicial ou arbitral sem volta, como se não pudesse mais cogitar o uso da via autocompositiva como solução.

¹⁹ Diego Faleck define mediação como “procedimento no qual as partes de uma disputa negociam a resolução de seu conflito assistidas por um terceiro neutro sem poder decisório, que irá desenhar e implementar um processo de negociação, visando a construção de um acordo e ajudando as partes a superar os obstáculos existentes”. FALECK, Diego; SANTOS, Luiz Ricardo de Oliveira. *A Janela de Mediação in “Estudos sobre a evolução da arbitragem e da mediação no Brasil”*. Editora SESI-SP, 1ª ed. São Paulo: 2021, pp. 370-371.

²⁰ A própria adoção das cláusulas escalonadas constitui espécie de DSD, ou seja, de Desenho de Sistemas de Solução de Disputas, entendido como a adoção planejada de mecanismos ou métodos de resolução de disputas combinados e que interagem entre si.

²¹ Considera-se cláusula escalonada “estipulações que preveem a utilização sequencial de meios de solução de controvérsias, em geral mediante a combinação de meios consensuais e adjudicatórios”. LEVY, 2013, p. 173.

A arbitragem se difundiu tanto no exterior quanto no Brasil, que a grande maioria dos contratos empresariais a prevê como método a ser adotado na hipótese de surgir algum conflito.²² Na atualidade, praticamente todo contrato comercial contém cláusula compromissória arbitral. Sendo assim, quando o conflito surge entre as partes²³, é natural que elas venham a observar a previsão contratual estipulada, de instauração do procedimento arbitral ou que busquem o caminho natural do processo judicial. No entanto, o uso combinado e concomitante entre os métodos, ainda é pouco explorado.

Esse é o aspecto que se pretende abordar no presente trabalho, da interação e uso da mediação com a arbitragem e o processo judicial já instaurados, que se denomina de janela de mediação.

Por isso que se levanta uma reflexão que permeia o trabalho que se pretende apresentar: ao se instaurar uma arbitragem ou iniciar um processo judicial, que são métodos heterocompositivos de resolução de disputas na essência, isso significa que tais procedimentos precisem ir, necessariamente, até o final com a prolação de sentença pelo(s) árbitro(s) ou juiz?²⁴

O que se pretende investigar, portanto, é se, mesmo após a adoção da via adjudicatória como o procedimento arbitral e o processo judicial ainda há espaço para adoção incidental da mediação, como método autocompositivo e, caso positivo, como colocar em prática. Em outras palavras, a instauração da arbitragem e do processo judicial significa que não possa ser utilizado, incidentalmente, outro método de resolução da disputa a eles combinado como a mediação? O que deve ser levado em consideração para se cogitar o uso da mediação, enquanto método consensual de resolução de disputas em meio a um método eminentemente adversarial como a arbitragem e o processo judicial? E mais, existiria um momento propício em que se deve cogitar o uso da mediação incidentalmente à arbitragem e

²² Tradicional pesquisa “Arbitragem em Números” conduzida por Selma Lemes sobre o panorama da arbitragem no Brasil divulgada em 2024 com base em dados apurados nos anos de 2022 e 2023 informa que a liderança das matérias tratadas em arbitragens é societária, seguida pelo setor de contratos de construção civil e energia. LEMES, Selma. *Pesquisa Arbitragem em Números 2024*. Disponível em: <<https://canalarbitragem.com.br/wp-content/uploads/2024/12/Arbitragem-em-Numeros-2024.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2025.

²³ Muitas vezes o conflito surge passados anos da celebração do contrato.

²⁴ Diego Faleck apresenta indagação semelhante se “é possível ou desejável transitar entre tais mecanismos em um mesmo processo de resolução de uma disputa considerado em sentido amplo?” FALECK, Diego; SANTOS, Luiz Ricardo de Oliveira. *A Janela de Mediação* in “*Estudos sobre a evolução da arbitragem e da mediação no Brasil*”. Editora SESI-SP, 1ª ed.. São Paulo: 2021, p. 362.

ao processo judicial? Qual o papel dos envolvidos como partes, advogados e instituições nessa dinâmica?

Para tanto, o presente trabalho é estruturado em cinco capítulos: o primeiro capítulo parte da teoria do conflito à luz dos conceitos de Friedrich Glasl e da forma com que ele estrutura a transformação das diferenças em graus acirrados de conflito e aborda as duas grandes categorias de métodos de resolução de conflitos, os heterocompositivos ou adjudicatórios, como processo judicial e arbitragem e os autocompositivos ou consensuais, como negociação, conciliação, mediação e o peculiar *dispute board*.

O segundo capítulo apresenta o conceito da janela de mediação propriamente dito, em distinção às cláusulas escalonadas e ao seu tratamento legal no contexto brasileiro da Lei de Mediação, Lei de Arbitragem e o Código de Processo Civil.

O terceiro capítulo aborda “porque” da conveniência da janela de mediação, se ela independe de cláusula contratual e pode ser iniciada a qualquer tempo por qualquer das partes. Busca-se identificar as barreiras que a janela de mediação pode ajudar partes e advogados a ultrapassarem, como (i) perda do protagonismo, (ii) receio de parecer fraco, (iii) falta de compreensão como técnica e (iv) redução dos honorários.

O quarto capítulo representa “quando”, ou seja, em que circunstâncias do processo judicial ou da arbitragem se vislumbra a conveniência da aplicação da janela de mediação e quais os fatores que afetariam a percepção inicial como (i) informação, (ii) controle do procedimento e adequação do resultado, (iii) custo financeiro e custo emocional e (iv) tempo.

Por fim, o quinto e último capítulo aborda “como” colocar em prática a janela de mediação sem macular a imparcialidade que se espera do juiz e dos árbitros e menciona algumas das recomendações e práticas adotadas por instituições estrangeiras e nacionais.

Essas são as questões abordadas no presente estudo.

1. Compreensão do conflito e os métodos de resolução de disputas

1.1. Escalada do conflito

Estudar negociação, mediação, conciliação e arbitragem, ou seja, métodos de resolução de disputas, também denominados “mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos” ou “meios adequados de solução de conflitos” (MASC), na tradução de ADR – *Alternative Dispute Resolution*, além do processo judicial, significa estudar maneiras de lidar e tentar resolver o conflito.²⁵ Daí que se torna necessário entender melhor o conflito propriamente dito.

É da natureza humana pensar e agir diferente; cada indivíduo possui gostos, opiniões, escolhas, sentimentos, comportamentos, vontades, crenças, valores e perspectivas que os aproximam ou distanciam.

Desde criança percebemos que há modos de falar diferentes, comidas diferentes, comportamentos diferentes, gostos diferentes e habilidades diferentes, sejam esportivas, artísticas, manuais, literárias, cognitivas etc.

Daí que conviver com as diferenças é (ou deveria ser), portanto, natural. Aliás, a pluralidade enriquece o convívio e o torna mais interessante.

Questão que se coloca é quando as diferenças crescem a tal ponto de virar estranhamento, ou melhor, a ponto de criar um senso de exclusão e incompatibilidade entre dois ou mais indivíduos no sentido de que a vontade, ideia, interesses ou querer de um deve prevalecer sobre os do outro. Temos, aí, o conflito instaurado.

Tanto é assim, que a palavra conflito traz uma conotação negativa, quase que pejorativa, marcada pela ideia de briga, disputa, divergência, dissenso ou antagonismo entre duas ou mais pessoas.

²⁵ O Grupo de Pesquisa da Universidade de Brasília editou o Glossário de métodos de resolução de disputa – RD no qual define gestão de conflitos como “a prática e estudo que têm por objeto a análise de disputas e o planejamento para se otimizarem os recursos a serem usados no processo de sua resolução. Uma das funções mais comuns dentro da prática da gestão de conflitos é a escolha do método de RD a ser aplicado a cada caso específico”. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, vol. 3. Universidade de Brasília, Faculdade de Direito: Grupos de Pesquisa, 2004 – Glossário de métodos de resolução de disputa - RD, pp. 310-311.

Não por outra razão que o dicionário Houaiss²⁶ define conflito como “1. Ato, estado ou efeito de divergirem muito ou de se oporem duas ou mais coisas [c. de ideias, de interesses] 2. Choque, enfrentamento [c. entre polícia e manifestantes] 3. Discussão acalorada, desavença”.

Em uma acepção mais estrita com viés jurídico, o vocábulo *conflito* se origina do latim *conflictus*, de *confligere* e significa “*embate, oposição, encontro, pendência, pleito*”, trazendo em si a ideia de *choque de interesses*, que resulta em divergências entre fatos, coisas ou pessoas.²⁷

O Conselho Nacional de Justiça - CNJ define conflito como “*um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis*”.²⁸

Seja *lato sensu* ou *stricto sensu*, conflito traz, em si, a noção de divergência, desentendimento, de atividades e/ou comportamentos incompatíveis entre si. Cabe mencionar que, normalmente, nos deparamos com o uso indiscriminado das palavras conflito, disputa, controvérsia e litígio, mas devemos distingui-los na medida em que litígio é o conflito, disputa ou controvérsia, formal e efetivamente judicializada.²⁹

Trícia Navarro discorre que, por ser inerente às relações humanas, o conflito “*decorre de percepções e posições divergentes quanto a coisas, fatos e condutas que envolvem expectativas, valores ou interesses comuns e contraditórios*”.³⁰

Os estudiosos da teoria do conflito como Morton Deutsch³¹ enxergam funções positivas no conflito por permitir que os problemas sejam manifestados e,

²⁶ HOUAISS, Antônio. *Pequeno Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1ª ed., São Paulo:Moderna, 2015, p. 242.

²⁷ SILVA, De Plácido e. “Conflito”. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, edição online.

²⁸ Manual de Mediação Judicial. CNJ. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2024, p. 49.

²⁹ Litígio advém do latim *litigium*, de *litigare* e exprime a controvérsia ou divergência formalizada em juízo e que esteja sendo contestada pelas partes. SILVA, De Plácido e., 2014.

Sem pretender entrar em maiores digressões processuais sobre o conceito de litígio, de acordo com o glossário do Supremo Tribunal Federal, litígio significa “disputa judicial que se constitui após a contestação pelo réu do pedido apresentado pelo autor”. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/glossario.asp>>. Acesso em: 01 abr. 2025.

³⁰ NAVARRO, Trícia. *Justiça Multiportas*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2024, p. 9.

³¹ Psicólogo social imigrante da Polônia para Bronx, em Nova Iorque, nos Estados Unidos, que se tornou referência em resolução de conflitos e é considerado um dos psicólogos mais citados do século XX. Trabalhou como psicólogo da US Air Force após o ataque de Pearl Harbour, fundador do *International Center for Cooperation and Conflict Resolution* no MIT – *Massachusetts Institute of Technology* e seu estudo de PhD foi sobre grupos cooperativos e grupos competitivos.

a partir daí, provocarem a busca pela solução ao estimularem o interesse e a curiosidade, servindo de vetor para a mudança pessoal e social.³² Tal modo de encarar o conflito foca mais na maneira como a ele se reage do que nas suas causas, o que leva à possibilidade de solução mediante a compreensão de comportamentos ao invés de julgar seus personagens.

As análises de Morton Deutsch sobre o aspecto psicológico do conflito concluíram que o surgimento do conflito não é concretamente determinado por circunstâncias objetivas. Isso significa que o desenrolar de um conflito não é determinado linearmente se ele vai tomar um rumo construtivo ou destrutivo.

Em suas pesquisas, Deutsch classificou os conflitos como destrutivos e construtivos. Nos primeiros há o enfraquecimento ou, até mesmo, o rompimento da relação social preexistente à disputa, dada a forma como o conflito é conduzida, que se acentua e aumenta de tal monta que se destaca das suas causas iniciais. Nesse contexto o conflito assume conotação competitiva na qual cada parte deseja vencer a outra por entender que os interesses são incompatíveis e impossíveis de coexistir.

Já nos conflitos construtivos as partes conduzem ao fortalecimento da relação social preexistente à disputa ao conseguirem desenvolver soluções criativas para conformação dos interesses que aparentavam ser contrapostos, mas que acabam sendo equalizados e compatibilizados.

Fato é que divergências fazem parte do dia a dia dos indivíduos nas mais variadas esferas de interação, seja no âmbito familiar, social, escolar, condominial, de trabalho ou empresarial.

No entanto, nem toda diferença é conflito e cabe perquirir como e por que uma divergência inicial cresce e se transforma em um conflito, na maioria das vezes destrutivo.

De acordo com Friedrich Glasl³³ as diferenças naturais existentes entre os indivíduos se tornam conflitos a partir de como as pessoas lidam e vivenciam essas

³² AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, vol. 3. Universidade de Brasília, Faculdade de Direito: Grupos de Pesquisa, 2004, p. 34.

³³ GLASL nasceu em 1941 em Viena, na Áustria, é Doutor em Sociologia e Política, PHD em mediação de conflitos, Professor da Universidade de Salzburg e consultor do Instituto Holandês para o Desenvolvimento Organizacional.

diferenças.³⁴ Ainda segundo Glasl, é possível identificar os seguintes fatores que são impactados quando um indivíduo é exposto a uma situação de conflito:³⁵

- 1) *percepção* - a capacidade de percepção das pessoas envolvidas no conflito é afetada e, com isso, elas criam diferentes imagens da realidade sobre si mesmos e sobre o outro. Com o passar do tempo essas percepções distorcidas acabam se enraizando e são tidas como se fossem a imagem real;
- 2) *emoções* – no início a sensibilidade, insegurança e desconfiança aumentam, mas depois a insensibilidade funciona como armadura. Na dicotomia das emoções durante o conflito as partes separam para si os sentimentos positivos e para o oponente os sentimentos negativos;
- 3) *vontade* – as pessoas acabam se fixando em alguns poucos objetivos e insistem em realizá-los de qualquer forma, como se fossem a única expressão da vontade, que acaba ficando reduzida a tais pontos por se estar obcecado na consecução daqueles poucos objetivos, que se tornam únicos;
- 4) *comportamento* - o comportamento reflete a percepção distorcida, a insensibilidade como armadura e a vontade reduzida a um (ou poucos) objetivos, o que nem sempre expressa fielmente o pensar, querer e sentir. Isso gera um descompasso entre o que é dito e feito e os reais propósitos. O problema é que esse comportamento provoca reações nos outros não desejadas, “*ao ponto de os efeitos colaterais não tencionados terem efeito mais forte, nos inimigos, do que os principais efeitos tencionados*”.³⁶ E esses efeitos são recíprocos nos oponentes, independentemente de serem intencionais ou não, mas causam reações reciprocamente em um e outro e daí o conflito só aumenta.

³⁴ GLASL, Friedrich. “*Autoajuda em Conflitos: uma metodologia para reconhecimento e solução de conflitos em organizações*”. 4ª ed. São Paulo: Antroposófica: ADIGO – Apoio ao Desenvolvimento Individual, Grupal e Organizacional, 2012, p. 23.

³⁵ *Ibid.*, pp. 24-25.

³⁶ GLASL, Friedrich. *Op.cit*, p. 26.

A interação e relevância desses fatores na configuração do conflito são assim ilustrados por Glasl:

Um problema adicional a todas as dificuldades mencionadas é que perceber/imaginar/pensar (1), pensar (2), querer (3) e agir (4) se intensificam uns aos outros em seus efeitos negativos por meio de um ‘contágio’ entre si. Como você só vê as coisas desagradáveis em seu oponente (1), acha-o cada vez mais antipático (2) e endurece sua vontade contra ele (3); com isso concentra-se na percepção (1), ainda mais no comportamento dele que lhe é incômodo, insistindo em medidas duras (3), responde amargamente (4), etc.³⁷

Glasl aprofundou seu estudo sobre como as diferenças evoluem até se tornarem conflito, sistematizando os comportamentos e a lógica interna das relações conflituosas. Ele elaborou seu estudo através da análise de conflitos organizacionais, mas o resultado por ele produzido, de sistematização em uma escala gradual do acirramento das diferenças, se aplica a pessoas, grupos ou organizações.

Essa sistematização acabou ficando conhecida como “modelo Glasl de escalada do conflito” pois agrupa em nove níveis a transformação e agravamento das diferenças, até chegar no grau máximo do conflito destrutivo.³⁸

Cada um dos patamares identificados por Glasl reúne um conjunto de características comuns à escalada do conflito que representam verdadeiros padrões de comportamento.

E mais, segundo Glasl, ao contrário do que se pensa, o conflito não surge de repente: ele dá sinais de evolução e agravamento. As diferenças começam quase que imperceptíveis e cada reação mais forte do que a ação inicial gera uma nova reação e assim sucessivamente.

Saber reconhecer cada fase do conflito ajuda a conscientizar o estado de comportamento do indivíduo e, quem sabe, contribui para se evitar o agravamento para a fase seguinte.³⁹

³⁷ GLASL, Friedrich. *“Autoajuda em Conflitos: uma metodologia para reconhecimento e solução de conflitos em organizações”*. 4ª ed. São Paulo: Antroposófica: ADIGO – Apoio ao Desenvolvimento Individual, Grupal e Organizacional, 2012, p. 27.

³⁸ GLASL, Friedrich. Op.cit, pp. 80-81.

³⁹ De acordo com Glasl “conflitos só continuam escalando quando os permitimos. Apenas se não prestarmos atenção aos sinais de alerta dados à consciência em cada um dos limiares, deixando que os instintos e paixões nos arrastem com eles, é que a destruição assumirá dimensões cada vez maiores”. GLASL, Friedrich. Op.cit, p. 96.

Em termos gráficos a escala de Glasl pode ser identificada como uma escada descendente, cujo degrau mais alto é o nível mais leve das divergências e o degrau mais baixo é o nível mais acirrado do conflito, a saber:

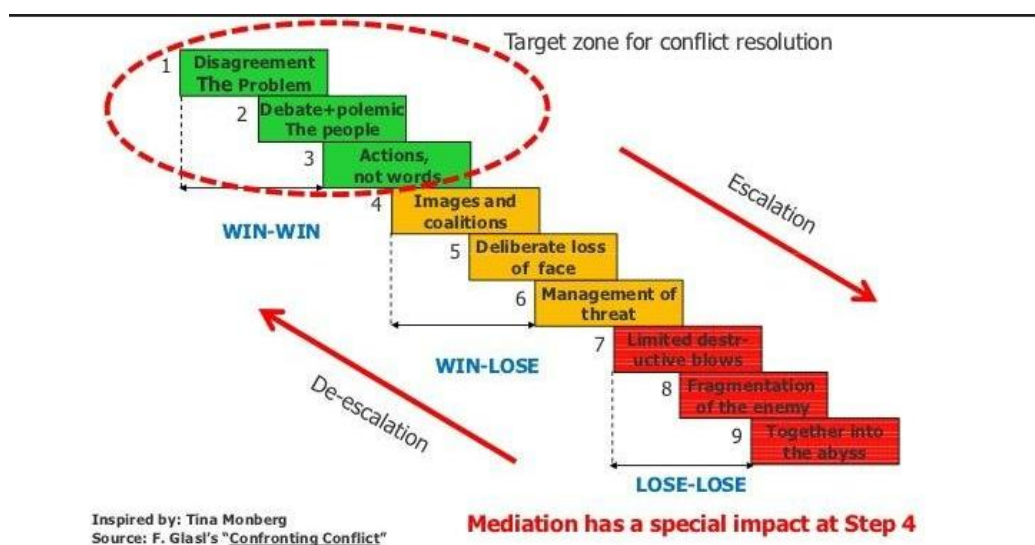


Figura 1 – Glasl Conflict Escalation Model⁴⁰

1. **Endurecimento (tensão)**
2. **Debate, polêmica**
3. **Ações em vez de palavras (negação)**
4. **Imagens e coalizões (aliança)**
5. **Perder a cara**
6. **Estratégia de ameaça (ameaças)**
7. **Ataques destrutivos limitados (destruição)**
8. **Desunião do inimigo (eliminação)**
9. **Juntos para o abismo (point of no return)**

Conforme se denota da demonstração visual da escala Glasl os nove níveis são agrupados em três grandes blocos com três graus de intensidade, compostos de três níveis cada um.

O primeiro bloco, ilustrado pela cor verde, é composto pelos três primeiros níveis: “endurecimento”, “debate, polêmica” e “ações em vez de palavras”. Esse bloco é considerado como sendo “ganha-ganha”, no qual as partes envolvidas conseguem resolver o conflito por si mesmas, mediante alternância entre competição e colaboração, mas com foco em resolver o problema.

⁴⁰ Disponível em: <https://www.researchgate.net/figure/Glasl-Conflict-Escalation-Model-Source-Glasl-2002_fig1_343586049>. Acesso em: 14 nov. 2024.

Nessa fase considera-se adequada e eficaz a adoção dos métodos autocompositivos, que pode ser a negociação direta ou a mediação, que é o foco do nosso estudo, contando as partes com o auxílio de um terceiro.

O segundo bloco, ilustrado pela cor amarela, é composto pelos níveis “imagens e coalizões”, “perder a cara” e “estratégia de ameaça”. Este bloco é considerado o bloco “ganha-perde”, pois nele as partes perdem o foco do problema e deixam se afetar pelo conflito em si e perdem o foco do problema original, contribuindo para que o conflito cresça. Nesses níveis as partes envolvidas estão tão impregnadas pelas percepções pessoais equivocadas, que o conflito passa a ser sobre o oponente e a necessidade de vencer, e já nem tanto sobre a divergência que o motivou.

Esse é considerado o bloco ideal para aplicação da mediação, enquanto método autocompositivo que conta com o auxílio de um terceiro neutro na facilitação da comunicação e negociação entre as partes. A bem da verdade, a mediação possui o potencial de produzir efeitos positivos em qualquer nível, mas o impacto no nível quatro, denominado “imagens e coalizões”, é especialmente visível, por ainda permitir o retorno ao bloco anterior “ganha-ganha” e evitar a migração para o bloco seguinte dos comportamentos destrutivos.

Por fim, o terceiro bloco, ilustrado pela cor vermelha, é composto pelos níveis “ataques destrutivos limitados”, “desunião do inimigo” e “juntos para o abismo”, constituindo o bloco “perde-perde”. Nessa fase a situação já está em um ponto em que todos perderão de uma forma ou de outra e os envolvidos já se afastaram e esqueceram o que era importante para eles e que deu origem ao desentendimento.

Passa-se a abordar, então, mais detalhadamente, cada um dos níveis da escala Glasl do conflito.⁴¹

Endurecimento

O primeiro estágio surge quando uma diferença permanece entre pessoas ou grupos, levando à irritação. Os interesses contrapostos se cristalizam em pontos de

⁴¹ A sistematização a seguir foi inspirada no artigo de Thomas Jordan, aprovado pelo próprio Glasl segundo o autor. JORDAN, Thomas. *Glasl's Nine-Stage Model of Conflict Escalation*. in Mediate.com, October, 2000. Disponível em: <<https://mediate.com/glasls-nine-stage-model-of-conflict-escalation/>>. Acesso em: 28 ago. 2024.

vista e se transformam em posições fixas sobre como uma determinada questão deve ser resolvida. Os pontos de vista tendem a se tornar incompatíveis na percepção de cada um e, com esse comportamento, a comunicação tende a ficar comprometida.

A percepção que se tem do outro passa a ser seletiva, identificando mais diferenças do que semelhanças. Com a comunicação comprometida as tentativas de superar a divergência falham e dão a sensação de perda de tempo. Mesmo assim, ainda há certa interação e empenho na tentativa de superação das diferenças. As partes envolvidas oscilam entre a cooperação e a concorrência. A mudança para o próximo estágio ocorre quando uma das partes, ou ambas, deixam de acreditar na capacidade de promoverem negociações justas e de resolvem sozinhas as diferenças. A argumentação passa a se dar através de truques e manipulações, caracterizando o nível seguinte.

Debates e polêmicas

Nesse nível as argumentações se tornam confrontos verbais e cada parte tende a se fixar em seus respectivos pontos de vista, que se tornam inflexíveis. Cada lado praticamente não reage mais aos argumentos apresentados pelo outro e os posicionamentos se tornam extremamente polarizados e excludentes. Ter razão passa a ser tão importante quanto o motivo que deu início ao confronto e as partes passam a sentir que a sua posição está em jogo.

A confrontação não é mais criativa, mas puramente mecânica: a cada argumento de um lado apresenta-se um contra-argumento do outro, como se fosse um “pingue pongue mental, em que cada partido quer mostrar superioridade intelectual provocando polêmica”.⁴²

O motivo que originou o conflito se distancia e a atenção é voltada para a própria reputação. Para tanto, cada lado passa a utilizar argumentos exagerando nas consequências da posição do oponente, a fim de reputá-la absurda. O comportamento visa impressionar o outro lado, deslocando a atenção dos temas originais da divergência para o plano pessoal.

As partes recorrem, ainda, a referências reconhecidas ao seu redor para legitimar o seu ponto de vista. E por assim ser, as interações verbais passam a girar

⁴² GLASL, Friedrich. *“Autoajuda em Conflitos: uma metodologia para reconhecimento e solução de conflitos em organizações”*. 4ª ed. São Paulo: Antroposófica: ADIGO – Apoio ao Desenvolvimento Individual, Grupal e Organizacional, 2012, p. 84.

em torno de questões relativas ao poder e às emoções. Nessa fase, cada lado não consegue mais ouvir imparcialmente os interesses do lado oposto e há desconfiança mútua. Como é esperado que o outro lado tente obter vantagem, é arriscado tomar qualquer medida cooperativa que possa parecer fraqueza e, assim, nenhum dos lados deixa de ser inflexível. A desconfiança aumenta e gera insegurança, que as partes tentam compensar com atitudes agressivas para aumentar a autoestima e impressionar a outra parte. Comportamentos repetidos da contraparte levam à formação de padrões de comportamento típicos estereotipados. A mudança para o nível seguinte ocorre quando cada parte percebe que o outro lado não quer mais ouvi-la e que a comunicação se tornou inútil, passando cada um a agir sem consultar o oponente.

Ações ao invés de palavras

Nesse estágio as partes já estão descrentes de que conversar irá resolver o conflito e, então, partem para ações concretas. As palavras trocadas, ao contrário de ajudar, acentuam a irritação mútua. A perspectiva de retomar a cooperação passa para segundo plano e elas se veem como rivais. O objetivo agora é evitar que o oponente alcance seus interesses. Como as partes não confiam uma na outra, a ação e a comunicação não verbais dominam o comportamento na tentativa de forçar a contraparte a ceder. No entanto, evitam, cada qual, parecer que estão cedendo à pressão do adversário. Cada lado faz o que está convencido e torna fato consumado; daí as ações definem os acontecimentos e, não raro, aceleram o escalonamento do conflito. Como a comunicação verbal está comprometida, a comunicação não é confiável e está marcada pela desconfiança mútua, o que leva as partes a fantasiarem os motivos e estratégias da contraparte, reduzindo a capacidade de compreender as preocupações do outro. A capacidade de percepção diminui e as partes começam a se ver como vítimas de circunstâncias externas para as quais negam contribuir e não admitem responsabilidade pelo desenrolar dos acontecimentos. Suas ações são vistas como respostas necessárias ao comportamento da contraparte.

A transição para o próximo estágio, já integrante do segundo bloco de acirramento do conflito, o “perde-ganha”, ocorre quando começam os ataques velados à atitude, reputação social, posição e relacionamentos do oponente.

Imagens e coalisões

Nesse estágio o conflito transcende as questões concretas e se concentra na luta pela vitória ou derrota. A defesa da própria reputação torna-se uma preocupação central. Se, até aqui, cada parte se aborreceu com o comportamento contrário, agora cada qual faz uma imagem positiva de si mesma e uma imagem negativa e estereotipada da parte contrária. Elas começam a atribuir características negativas ao adversário, como falta de confiabilidade ou incompetência. Esses juízos sobre o outro acabam se fixando na consciência e não conseguem ser alterados nem mesmo com informações e dados objetivos. Pelo contrário, o juízo existente sobre a parte contrária parece se confirmar a cada nova experiência, na medida em que a percepção está comprometida. E mais, uma parte enxerga na parte oposta as características com as quais se aborrece, porque no fundo sabe, ainda que inconscientemente, possuir essas mesmas características. Um sinal marcante desse estágio é a dificuldade em reconhecer qualidades positivas na contraparte. A percepção é de que o outro lado é incapaz de mudar. No entanto, apesar de a imagem negativa do oponente, a integridade moral básica da contraparte ainda não é negada, como ocorrerá no estágio seguinte.

Ambas as partes sentem que suas ações são meras reações às atitudes da contraparte e não se consideram responsáveis pela escalada do conflito.

Um comportamento típico desse estágio é o "ataque dissimulado", onde a contraparte é provocada e criticada de forma indireta, através de insinuações, comentários ambíguos e ironia, permitindo ao agressor negar qualquer intenção premeditada, caso questionado. Como a outra parte não pode responder diretamente ao ataque dissimulado, este tipo de atitude frequentemente leva a uma retaliação.

Neste estágio, as partes buscam, ainda, o apoio dos espectadores. Elas planejam e implementam ações para melhorar sua imagem aos olhos dos outros e encenam seus conflitos publicamente para recrutar apoiadores. O foco do conflito muda para afetar a contraparte e ganhar vantagem na luta pelo poder, em vez de resolver a questão propriamente dita. Os ataques são direcionados à identidade, atitude, comportamento, posição e relacionamentos da contraparte, e as causas do conflito são vistas como inerentes ao caráter do outro. A transição para o próximo estágio ocorre quando um ou ambos os lados sofrem uma perda pública significativa de prestígio, geralmente após uma deliberada ofensa à honra em um ambiente público.

Perda da cara

O título desse estágio se relaciona à perda de credibilidade moral. Enquanto no estágio anterior a imagem da contraparte se baseava em comportamentos irritantes e na percepção de incompetência, no atual estágio a imagem se concentra na inferioridade moral do outro.

No contexto deste estágio, "prestígio" refere-se ao *status* que uma pessoa mantém em sua comunidade. Enquanto alguém for visto como um cidadão respeitável, seu "prestígio", ou melhor, sua credibilidade moral estará intacta, garantindo tratamento e respeito justos. O "prestígio" é sustentado pelos membros de um grupo, que evitam ações que desafiem o *status* de uma pessoa. A perda de "prestígio" faz com que as partes envolvidas sintam que viram além da "fachada" da outra parte, revelando uma natureza imoral, insana ou criminosa. A partir daí, um lado acredita que está reconhecendo, finalmente, as verdadeiras más intenções do outro, ou melhor, a verdadeira má índole do outro. A mudança na percepção é radical, não apenas uma ampliação da imagem negativa anterior, mas uma revelação repentina e chocante da verdadeira natureza do outro, daí a denominação "perda da cara". A partir dessa revelação sobre a credibilidade moral do adversário a narrativa do conflito é reescrita retroativamente: a outra parte é vista como tendo seguido uma estratégia imoral desde o início e todos os seus movimentos até aqui são considerados disfarces para suas reais intenções.

As imagens e posições das partes são agora interpretadas com um lado representando as forças do bem e o outro as forças destrutivas e imorais. A contraparte não é mais apenas irritante; agora, perdeu-se totalmente a crença na sua integridade moral.

O conflito deixa de ser sobre questões concretas e passa a ser uma luta em torno da prevalência de valores. A imagem de si mesmo aumenta e parece mais virtuosa do que é realmente, enquanto a imagem da outra parte assume dimensões diabólicas.

Movimentos que pareciam construtivos são descartados como enganos e um único incidente negativo é visto como prova conclusiva da verdadeira natureza imoral do outro. Isso torna extremamente difícil construir qualquer nível de confiança mútua.

Quando um lado tem esse tipo de vivência, agride o outro sem consideração alguma e passa a adotar uma linguagem radical e impiedosa: o inimigo precisa ser

derrotado. O lado oposto fica isolado e se sente mal compreendido. Lamenta o seu destino e só ouve os que confirmam a sua indignação com a injustiça sofrida. A partir daí, a procura da honra perdida pode se tornar uma obsessão e, por isso, estimula o contra-ataque.

Muitas vezes se tem a ilusão de que eliminando o inimigo a vida voltará ao normal, mas um conflito escalado até esse ponto acarreta consequência em outras esferas e a vida nunca mais voltará a ser como antes.

A transição desse estágio para o próximo é considerada menos dramática do que a do estágio anterior ao atual. Quando as partes começam a emitir ultimatoss e ameaças estratégicas, o conflito entra no estágio seguinte.

Estratégias de ameaças

Quando nenhum outro caminho parece viável, as partes em conflito recorrem a ameaças de ações prejudiciais para forçar a contraparte a atender suas demandas; tem-se, aqui uma dureza especial no conflito. As ameaças estratégicas desse estágio diferem significativamente das punições dissimuladas do estágio quatro, que serviram, principalmente, para expressar frustrações reprimidas.

Agora, as ameaças estratégicas são usadas deliberadamente para coagir a contraparte a fazer concessões. As partes opostas apresentam suas exigências e querem se forçar reciprocamente a ceder, em um ciclo que possui a seguinte dinâmica em três fases:

- a) Fase Inicial: as partes trocam ameaças mútuas para demonstrar que não recuarão. A parte que ameaça busca: (i) chamar a atenção para si e para suas exigências; (ii) mostrar autonomia e controle da agenda; e (iii) fazer com que a contraparte se ajuste a uma demanda por meio da ameaça de sanções.
- b) Fase Intermediária: as ameaças se tornam mais concretas e definitivas. As partes fazem declarações que não podem retirar sem perder credibilidade, aumentando a gravidade de suas ameaças.
- c) Fase Final: as ameaças são transformadas em ultimatoss, forçando a contraparte a tomar uma decisão definitiva.

Essa dinâmica resulta na perda crescente de controle sobre o andamento dos acontecimentos. As partes, através de suas ações, criam uma pressão para agir de maneira rápida e radical e a percepção da situação, que já estava comprometida nos

estágios anteriores, agora se torna cada vez mais dissociada da realidade. A parte ameaçadora se concentra apenas nas suas próprias demandas e vê a ameaça como uma medida necessária para evitar que a contraparte recorra à violência, esperando que a outra parte ceda à pressão. Por outro lado, a parte ameaçada percebe as consequências prejudiciais caso a ameaça venha a se concretizar e responde com contra ameaças.

No entanto, não se tem como saber, ao certo, se a ameaça irá se concretizar, pois somente o lado ameaçado pode decidir se levará a ameaça a sério ou não. Por isso, o lado ameaçador faz com que a exigência seja o mais crível possível, o que acaba por alimentar as contra ameaças.

As ações de cada parte sofrem a pressão temporal para agir, limitando e comprometendo a capacidade de avaliar alternativas de resolução. Para manter algum controle, cada parte insiste que suas próprias questões e perspectivas sejam tratadas exatamente como foram apresentadas. O comportamento tende a ser impulsionado pelo pânico, e qualquer ação que pareça promissora para atingir o objetivo é atraente.

Ao se comprometerem com estratégias de ameaça, as partes limitam severamente sua liberdade de escolher alternativas.

O que evita a transição para o próximo estágio, que inaugura o terceiro e último bloco denominado “perde-perde”, é o medo das consequências caso as ameaças se concretizem. As estratégias de ameaça permanecem eficazes enquanto as partes acreditam que a ameaça pode atuar como um fator dissuasor.

No entanto, a própria dinâmica desse estágio leva as partes a transformarem as ameaças em ações concretas e, assim, evoluem automaticamente para o próximo estágio, já no bloco que compreende os últimos níveis de destrutividade do conflito.

Golpes destrutivos limitados

Esse estágio sofre as consequências das ameaças do estágio anterior, que minaram profundamente o senso de segurança das partes e são transformadas efetivamente em ações. Agora, cada lado antecipa que a contraparte possa realizar ações destrutivas. Garantir a própria sobrevivência torna-se uma preocupação central e a ideia de uma solução que envolva a contraparte já não é mais viável. Nesse estágio a contraparte é tratada como um inimigo puro, desprovido de qualquer qualidade humana como se fosse um objeto, e os ataques são feitos sem

considerar dignidade ou moralidade. A outra parte é vista como um obstáculo a ser eliminado por meio de ataques direcionados com o objetivo de desmantelá-la. Não se fala mais em resolver a questão, mas, sim, em eliminar o outro.

Os ataques agora visam minar o poder da contraparte, como destruir ou enfraquecer seus recursos financeiros e/ou *status* jurídico. O medo e o estresse impulsionam ataques severos, frequentemente percebidos como exagerados pela contraparte. Em situações frustradas, os ataques podem proporcionar um sentimento de poder e controle, gerando benefícios secundários que alimentam uma nova escalada do conflito pois, frequentemente, resultam em retaliações ainda mais destrutivas.

O cálculo das consequências torna-se distorcido, com as perdas da contraparte sendo vistas como ganhos, mesmo que não tragam benefícios reais para os interesses da própria parte. As partes podem até estar dispostas a sofrer perdas, desde que o inimigo sofra ainda mais. A malícia pode se tornar um motivador significativo. O foco agora é neutralizar o poder de fogo da contraparte para garantir a própria sobrevivência e obter superioridade para bloquear a contraparte a longo prazo.

A comunicação real praticamente cessa. No estágio anterior havia ao menos um mínimo de comunicação para saber se a contraparte aceitava ou rejeitava um ultimato. No atual estágio, cada parte está preocupada apenas em transmitir sua própria mensagem, desinteressada na forma como ela será recebida ou na resposta da contraparte. A ameaça seguida pela interrupção imediata da comunicação é um sinal típico deste estágio. As normas éticas são ignoradas.

Enquanto em estágios anteriores as partes exploravam lacunas nas normas, agora essas normas são simplesmente deixadas de lado. A situação é vista como uma guerra, onde as regras normais não se aplicam. As partes percebem que não há mais chances de vitória; é uma luta “perde-perde”. O principal objetivo desse estágio, que inaugura o bloco “perde-perde”, é sofrer menos danos do que a contraparte e lutar pela própria sobrevivência.

Fragmentação do inimigo

Se no estágio anterior as partes ainda tinham certo limite em seus ataques, agora a cada investida e contra investida a dose é aumentada. O objetivo é fragmentar o outro em partes ineficazes e comprometer sua capacidade de tomar

decisões de modo a destruir o inimigo. Negociadores, representantes e líderes podem ser alvos específicos, visando minar sua legitimidade e poder em seu campo de atuação. O foco é atacar os órgãos vitais do oponente que mantém a coerência da contraparte, na esperança de que a identidade do inimigo se desintegre e não consiga mais funcionar. O enfraquecimento e a fragmentação do inimigo prejudicam a sua capacidade de recuperação e de tomada de decisão.

Quando uma parte é atacada de forma a ameaçar sua destruição, ela é obrigada a fazer grandes esforços para suprimir conflitos internos. Isso aumenta o estresse e a pressão interna, intensificando a necessidade de novos ataques. As partes acabam se dividindo em facções que lutam entre si, tornando a situação totalmente incontrolável.

Os ataques à contraparte agora visam todos os sinais de vitalidade, com o principal objetivo de destruição da base de existência do adversário. A única limitação que resta é a preocupação com a própria sobrevivência.

A transição para o estágio seguinte e último ocorre quando a preocupação com a autopreservação é abandonada. Neste ponto, não há mais controle sobre a destrutividade adicional, resultando em um nível extremo de hostilidade e destruição.

Juntos no abismo

No estágio final e grau máximo da escalada do conflito o desejo de eliminar o inimigo se torna tão dominante que até mesmo o instinto de autopreservação é ignorado. Não há mais retorno, as partes não conseguem enxergar mais caminho de volta e a confrontação total tem como meta a destruição definitiva da contraparte. A própria sobrevivência perde a importância e nem mesmo o instinto de autopreservação prevalece. Se for para derrotar o oponente vale a pena ir ao extremo, mesmo que isso leve à sua própria destruição. O inimigo será destruído, mesmo que isso implique na ruína total da própria organização, grupo ou indivíduo e implique em consequências negativas para os dois lados: falência, condenações, danos físicos — nada mais importa.

Todas as possibilidades de reconciliação estão encerradas; não há retorno possível. Uma guerra total é travada, marcada por uma destruição implacável e sem remorsos. Não há mais vítimas inocentes nem partes neutras.

A única preocupação que resta é garantir que o inimigo seja derrotado, levando você junto. Em outras palavras, a certeza é a de que o inimigo caia no abismo e você também irá junto com ele.

No que diz respeito ao presente estudo consideramos relevante fazer esse breve retrospecto dos estágios que compõem a escala Glasl pois a sistematização auxilia a realização de um diagnóstico por advogados, negociadores e mediadores do grau de tensão do conflito e, a partir daí, adequar o método de resolução indicado para cada fase, se autocompositivo ou heterocompositivo.

Em outras palavras, saber identificar cada fase da escalada do conflito ajudará na escolha do método apropriado a ser aplicado e o grau de interferência que tal método poderá acarretar no próprio conflito.

E, por assim ser, a escala elaborada por Glasl serve como verdadeiro diagnóstico do método a ser adotado dependendo da fase em que se esteja. Tanto é que Fernanda Levy⁴³ ensina que

Assim, para tratar do conflito de maneira adequada, há que se tentar entendê-lo sob as inúmeras perspectivas que os saberes possibilitam para, então realizar a escolha do método de maneira especializada, ou seja, aplicar a cada caso o meio apropriado, ou mais indicado, tendo em conta as várias possibilidades de condução e resolução de conflitos que cada meio, com suas especificidades, proporciona.

1.2. Repensando a resolução de disputas para além do processo judicial

A justiça pelas próprias mãos representada pela máxima, “olho por olho, dente por dente” – a denominada lei de talião – e o exercício da autotutela⁴⁴ paulatinamente foi cedendo lugar à atribuição da solução dos conflitos a um terceiro. De início eram os anciãos, sacerdotes, reis, senhores feudais, caciques, rabinos, enfim, quem gozasse de prestígio, confiança e respeitabilidade na sociedade tinha a atribuição de dar a solução ao conflito. Depois, tal função foi encampada pela organização estatal e, a partir daí, se disseminou a ideia da justiça promovida pelo Estado.

⁴³ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 32.

⁴⁴ De acordo com DIDIER JR, a autotutela é a “tutela do interesse operada diretamente pelo próprio interessado”. DIDIER JR, Fredie. *Introdução à Justiça Multiportas: Sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à Justiça no Brasil*. Fredie Didier Jr e Leandro Fernandez. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 213.

Primeiro veio o Estado Liberal, que privilegiava a liberdade e a independência como proteção dos cidadãos às interferências reais de outrora. Depois, tal modelo foi passando por transformações através dos movimentos sociais impulsionados pela industrialização do século XIX e início do século XX e pelo efeito das duas grandes guerras mundiais, que atraíram um maior intervencionismo do Estado na busca do implemento do bem-estar social. Estruturou-se, portanto, a jurisdição como uma das funções promovidas pelo Estado através do processo judicial.

Foi então que, durante muito tempo, vigorou a ideia de que a atividade jurisdicional prestada pelo Estado era a que realizava e entregava justiça às partes.⁴⁵ De fato, o processo judicial passou a ser o instrumento formal de resolução de disputas adotado pelo Estado Moderno que, ao aplicar a lei a determinado caso concreto, entendia estar fazendo justiça.

Em um Estado Democrático de Direito composto pelos três poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, cabe ao Poder Judiciário decidir as disputas que lhe é submetida pelos particulares, impondo-lhes a decisão. É o que Luiz Fux denomina de atividade jurisdicional, consistente na atribuição conferida ao Poder Judiciário de solucionar os conflitos mediante a aplicação do direito objetivo a um determinado caso concreto.⁴⁶

⁴⁵ Cabem, aqui, as palavras GIOVANNI VERDE: “A experiência tumultuosa destes últimos quarenta anos nos demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito, que não pode (e talvez não mereça) ser cultivado. Deste mito faz parte a ideia de que a justiça deva ser administrada em via exclusiva pelos seus juízes”. VERDE, Giovanni. *Arbitrato e giurisdizione*, in *L'Arbitrato secondo la Legge 28/83*, Napoli: Jovene, 1985, p. 168, trad. Libre *apud* CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 4ª ed. Barueri/SP: Atlas, 2023, p. 23.

⁴⁶ “O Estado, como garantidor da paz social, avocou para si a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem jurídica, limitando o âmbito da autotutela. Em consequência, dotou um de seus Poderes, o Judiciário, da atribuição de solucionar os referidos conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto. A supremacia dessa solução revelou-se pelo fato incontestável de a mesma provir da autoridade estatal, cuja palavra, além de coativa, torna-se a última manifestação do Estado soberano acerca da contenda, de tal sorte que os jurisdicionados devem-na respeito absoluto, porque haurida de um trabalho de reconstituição dos antecedentes do litígio, com a participação dos interessados, cercados, isonomicamente, das mais comezinhas garantias. Essa função denomina-se *jurisdicional* e tem o caráter tutelar da ordem e da pessoa, distinguindo-se das demais soluções do Estado pela sua imodificabilidade por qualquer outro poder, em face de adquirir o que se denomina em sede anglo-saxônica de “*final enforcing power*”, consubstanciado na ‘coisa julgada’”. FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 41-42.

Vê-se, assim, que em um Estado Democrático de Direito o exercício da atividade jurisdicional é realizado primordialmente pelo Estado⁴⁷, pois cabe a ele dirimir os conflitos entre os particulares e, até mesmo, entre os particulares e o próprio Estado. E mais, se disseminou a crença de que a solução justa para os conflitos é aquela que advém do Estado⁴⁸, através do exercício da função estatal e por meio do processo judicial que promove a aplicação da lei.⁴⁹

Ocorre que, ao longo do tempo, passou-se a questionar a efetividade da prestação jurisdicional fornecida pelo Estado. Isso porque, já não bastava a previsão (nem a garantia) do acesso à justiça, se a prestação jurisdicional fornecida não fosse a contento. Conceitos como forma, segurança, arbítrio e justiça passaram a ser questionados.⁵⁰

O conceito de acesso à justiça foi sendo, portanto, ampliado para abarcar a ideia da adequação e efetividade da solução, como concretização da ordem jurídica justa. Assim, a hegemonia do método processual estatal tradicional passou a ser questionada, bem como se a própria sociedade estaria apta a promover soluções para disputas de interesses através de outros mecanismos afora o processo judicial.⁵¹

Nesse contexto, embora haja certa primazia do processo judicial e da aplicação da lei, cada vez mais se admite a convivência da jurisdição com outros métodos de resolução de conflitos, os denominados ADRs, que em inglês significam *Alternative Dispute Resolution*⁵² e, em português, significam “métodos

⁴⁷ Como se verá adiante, no Brasil, a Lei nº 9.307 de 23/09/1996 permite às partes submeterem litígios sobre direitos patrimoniais disponíveis à arbitragem, afastando a jurisdição estatal e atribuindo aos árbitros o poder de decidir.

⁴⁸ KAZUO WATANABE menciona citação de Ada Pellegrini Grinover de que “durante um longo período, os métodos informais de solução dos conflitos foram considerados como próprios das sociedades primitivas e tribais, ao passo que o processo jurisdicional representou insuperável conquista da civilização”. WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. in Yarshell, Flávio Luiz; Moraes, Maurício Zanoide de. *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 683.

⁴⁹ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Resolução de Disputas: Métodos Adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. in *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. Coord Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, Paulo Eduardo Alves da Silva. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 14.

⁵⁰ SILVA, Paulo Eduardo Alves da; SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2023, p. 16.

⁵¹ *Ibid.*, p. 14.

⁵² Dignos de nota são os comentários de CARMONA nesse sentido:

“A verdade é que esta terminologia tradicional e histórica, que se reporta a ‘meios alternativos’ está há anos sob ataque, na medida em que uma visão mais moderna do tema aponta meios **adequados** (ou mais adequados) de solução de litígios, não necessariamente **alternativos**. Em boa lógica (e tendo em conta o grau de civilidade que a maior parte das sociedades atingiu neste terceiro milênio),

adequados de solução de conflitos” - MASC, “mecanismos adequados de resolução de disputas”, “métodos alternativos de resolução de conflitos” ou “meios alternativos de resolução de controvérsias, sejam heterocompositivos ou autocompositivos.

As reflexões sobre a eficácia da atividade jurisdicional remontam o ano de 1976 na cidade de *Saint Paul, Minnesota*, nos Estados Unidos, onde se realizou a *Pound Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with Administration of Justice – Pound Conference*. A conferência recebeu este nome em homenagem a *Roscoe Pound*, reitor da *Harvard Law School* durante o período de 1916 a 1936, e teve por tema refletir sobre as causas do descontentamento popular com a justiça norte-americana.

Durante a *Pound Conference* de 1976 ocorreu a palestra de Frank Sander⁵³ que abordou variadas formas de processamento dos conflitos e é considerada pioneira na introdução da ideia de se colocar à disposição dos cidadãos diversas modalidades de métodos de resolução de disputas em contraposição à única via do processo judicial.

Como professor na *Harvard Law School* Sander lecionou diversas disciplinas até se concentrar, no final da década de 1970, na temática da resolução de disputas, notadamente mediação e negociação. Na sua palestra durante a *Pound Conference* trouxe a ideia de se oferecer aos cidadãos um modelo multifacetado de métodos de resolução de disputas além do processo judicial estatal, para se aplicar o mais adequado a cada tipo de conflito, o que acabou sendo denominado de “*alternative dispute resolution*” e, posteriormente, Tribunal Multiportas.

é razoável pensar que as controvérsias tendam a ser resolvidas, num primeiro momento, diretamente pelas partes interessadas (negociação), eventualmente com a assistência de terceiros (mediação, conciliação); em caso de fracasso deste diálogo primário (método autocompositivo), recorrerão os conflitantes às fórmulas heterocompositivas (processo estatal, processo arbitral). Sob este enfoque, os métodos verdadeiramente alternativos de solução de controvérsias seriam os heterocompositivos (o processo, seja estatal, seja arbitral), não os autocompositivos (negociação, mediação, conciliação). Para evitar esta contradição, soa correta a referência a métodos **adequados** de solução de litígios, não a métodos **alternativos**”. (grifos no original) CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/1996. 4ª ed. Barueri/SP: Atlas, 2023, p. 31.

⁵³ Frank Sander é professor emérito da Faculdade de Direito de *Harvard*, onde foi reitor associado de 1987 a 2000. Nasceu na Alemanha, mas foi para os Estados Unidos aos 13 anos e se formou primeiro em matemática em *Harvard* e, depois, em Direito, na mesma universidade. Ele foi um dos pioneiros a falar em ADR – *Alternative Dispute Resolution* e em Tribunal Multiportas.

Em entrevista concedida em março de 2008 na *Harvard Law School*⁵⁴, o próprio Sander narrou que, na época, denominou a ideia como “centro abrangente de justiça” apto a fornecer diversos procedimentos de resolução de disputas aos cidadãos e a escolha de qual usar dependeria da adequação ao caso concreto. Segundo ele, a *American Bar Association – ABA* – teria publicado, posteriormente, um artigo sobre a aludida palestra cuja ilustração de capa foi um Tribunal com uma grande quantidade de portas e, a partir daí, a designação Tribunal Multiportas se difundiu mundo afora.

A ideia defendida por Sander era, portanto, de uma instituição de justiça que não se limitasse a fornecer a via do processo judicial nem se restringisse a proferir a decisão dele oriunda e que pudesse direcionar as demandas para diversos métodos diferentes de resolução de disputas que contassem com a participação dos envolvidos, como negociação, conciliação e *mediação*.

Do mesmo modo que nos idos dos anos 1970 e 1980 nos Estados Unidos se passou a investigar as causas da insatisfação popular com a justiça, aqui no Brasil, a Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas São Paulo elabora desde o ano de 2009 até 2017 e depois retomado ao final de 2020, o “Relatório ICJ Brasil – Índice de Confiança na Justiça Brasileira”.

O relatório, como o próprio nome sugere, consiste em um levantamento de natureza qualitativa e, no ano de 2021⁵⁵, foi realizado com 1.650 pessoas distribuídas em sete estados brasileiros⁵⁶. O trabalho tem por objetivo acompanhar a percepção da população em relação ao Poder Judiciário brasileiro, ou seja, se o cidadão acredita que o Judiciário cumpre a sua função com qualidade e se o cidadão estaria propenso a utilizá-lo quando preciso.

Em outras palavras, o referido relatório analisa as “motivações que levam os cidadãos a utilizarem (ou não) o Judiciário e a confiarem (ou não) nele, em

⁵⁴ SANDER, Frank - *Tribunal Multiportas*: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil / Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. pp. 25-37.

⁵⁵ “Relatório ICJ Brasil – Índice de Confiança na Justiça Brasileira”. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/10438/30922>>. Acesso em: 21 jul. 2024.

⁵⁶ Como Amazonas (150 pessoas), Bahia (200 pessoas), Minas Gerais (300 pessoas), Pernambuco (150 pessoas), Rio de Janeiro (200 pessoas), Rio Grande do Sul (150 pessoas), São Paulo (350 pessoas) e no Distrito Federal (150 pessoas).

termos de eficiência (celeridade), capacidade de resposta (competência), imparcialidade, honestidade e acesso (facilidade de uso e custos)”.⁵⁷

Cabe esclarecer que o ICJ Brasil é composto por dois subíndices: (i) um de *percepção*, pelo qual é medida a opinião da população sobre como a Justiça presta o serviço da atividade jurisdicional e (ii) um de *comportamento* que busca identificar a *predisposição*, pelo cidadão, de utilização do Judiciário para solucionar conflitos.

O referido estudo mostra que a legitimidade do Poder Judiciário vem sendo questionada desde a década de 1980, seja quanto ao tempo de resposta seja quanto à burocratização dos serviços prestados, o que vem se intensificando a partir do ano 2000.

No ano de 2021 o ICJ Brasil como um todo é de 4,5 pontos, sendo o subíndice de *comportamento* 7,9 pontos e o subíndice de *percepção* de 3,1 pontos. Frente ao ano de 2017 o subíndice de *percepção* aumentou de 2,8 para 3,1, mas o subíndice de *comportamento* caiu de 8,4 para 7,9. Isso significa que a opinião dos entrevistados relativamente ao Poder Judiciário melhorou, mas, mesmo assim, eles se mostraram menos propensos a utilizar a Justiça estatal para resolver seus conflitos.

O relatório indica, ainda, que o Poder Judiciário goza de 40% (quarenta por cento) da confiança da população, o que não é nada mal se comparado a outras instituições como o Congresso Nacional que detém 12% (doze por cento) e os partidos políticos 6% (seis por cento) de confiança. Ainda assim, o Poder Judiciário fica abaixo dos 45% (quarenta e cinco por cento) do Ministério Público e de 63% (sessenta e três por cento) de confiança das Forças Armadas.

De acordo com o aludido relatório o principal aspecto que afeta a confiança no Poder Judiciário é a morosidade da entrega da prestação jurisdicional, citada por 83% (oitenta e três por cento) dos entrevistados, seguida pelo custo para o acesso à justiça mencionado por 77% (setenta e sete por cento) e pela dificuldade na utilização da justiça indicado por 73% (setenta e três por cento) dos participantes. Outros aspectos como honestidade, competência e independência também foram

⁵⁷ Relatório ICJ – Brasil – Índice de Confiança na Justiça Brasileira”. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/10438/30922>>. Acesso em: 21 jul. 2024.

indicados pelos entrevistados como comprometedores da *percepção* de confiança no Poder Judiciário.

Além dos resultados do ICJ Brasil o “Relatório Justiça em Números”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, também demonstra o grave congestionamento dos tribunais.⁵⁸

O mencionado relatório informa que o ano de 2023 terminou com um estoque de 83,8 milhões de processos em tramitação no judiciário brasileiro, incluídos os suspensos, sobrestados ou arquivados provisoriamente, o que significa um acréscimo de 1,1% em relação ao ano de 2022⁵⁹. Foram julgados 33,2 milhões de processos no ano de 2023, o que corresponde a um aumento de 11,3% relativamente ao ano imediatamente anterior e de 40,3% no tocante aos últimos 14 (quatorze) anos, em demonstração do esforço de produtividade.⁶⁰ Consideradas apenas as ações novas ajuizadas, excluindo os processos em grau de recurso ou em fase de execução, tem-se o total de 35,3 milhões de processos novos, o que corresponde a um incremento de 9,4% com relação ao ano anterior e o maior número da série histórica de quase vinte anos.⁶¹

Como se não bastasse, o tempo médio de tramitação dos processos pendentes é estimado em 4 (quatro) anos e 3 (três) meses.

Não se deve, contudo, deixar impressionar com os números de ambos os relatórios mencionados. Repensar o modelo tradicional de resolução de conflitos através da atividade jurisdicional processual fornecida pelo Estado está umbilicalmente relacionado ao conceito de acesso à justiça que, no modelo tradicional, se materializa, primordialmente, através do exercício do direito de ação.

⁵⁸ A 21ª edição do “Relatório Justiça em Números 2024”, ano base 2023, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, reúne informações dos 91 órgãos do Poder Judiciário, incluindo o Superior Tribunal de Justiça, à exceção do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 04 jun. 2024.

⁵⁹ No ano de 2022 o estoque era de 81,4 milhões de processos.

⁶⁰ O Relatório Justiça em Números informa, ainda, que o índice de produtividade da magistratura brasileira cresceu 6,8% no ano de 2023, ultrapassando a barreira dos 2.000 (dois mil) processos baixados por juiz ou juíza, em média, tendo sido solucionados 8,6 casos por juiz ou juíza a cada dia útil e que a taxa de congestionamento caiu para 70,5%, o que significa que a cada 100 (cem) processos tramitados quase 30 (trinta) foram baixados no mesmo ano em que ingressaram, o que é considerado o segundo melhor resultado em quinze anos.

⁶¹ Não se pode olvidar que o ano anterior de 2022 foi marcado por um acréscimo no ingresso de processos novos, mais precisamente 31,5 milhões de processos em doze meses, provavelmente em razão da pandemia Covid-19, o que correspondeu a um aumento de 10% (dez por cento) de novos casos em relação ao ano de 2021.

Em uma sociedade cada vez mais complexa essa reflexão acaba perpassando pela adequação da solução a ser entregue e é fruto de uma série de fatores como a longa duração do processo judicial, o custo para se litigar, o formalismo e a burocratização processuais, o aumento demográfico da população e das relações de consumo bem como a interferência da tecnologia na vida moderna. Toda essa complexidade de relações sociais contribui para a exigência de novas soluções para os novos conflitos delas decorrentes.⁶²

Assim é que, nas últimas décadas, a primazia do processo judicial vem perdendo força e abrindo espaço para os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, os *ADRs* ou *MASCs*.

Kazuo Watanabe, já nos idos de 2012, constatava a crise do Judiciário em termos de “*morosidade, efetividade e adequação de suas soluções*” e defendia a aplicação dos métodos adequados de solução de conflitos.⁶³ Dentro dessa ótica, Watanabe e Ada Pellegrini Grinover interpretam o princípio da inafastabilidade do acesso à justiça, previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal^{64 65}, não apenas como o acesso formal aos órgãos judiciários mas, sim, como um acesso qualificado à justiça em termos de tempestividade e adequação, para que a prestação jurisdicional se revele verdadeiramente justa.

Nesse contexto se desenvolveu o entendimento de que a atividade jurisdicional “*somente é dotada de utilidade se a tutela prestada, isto é, se a resposta estatal às demandas sociais e individuais for apta a cumprir faticamente*

⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. *O minissistema brasileiro de Justiça Consensual: compatibilidades e incompatibilidades*. in *Publicações da Escola AGU*, v. 8, n. 1, jan/mar, 2016, p. 17.

⁶³ WATANABE, Kazuo - *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil* / Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. p. 87.

⁶⁴ “XXXV – A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁶⁵ Mesmo não sendo o foco do presente trabalho cabe mencionar duas iniciativas legislativas a respeito da inafastabilidade do controle jurisdicional. A primeira é a Proposta de Emenda Constitucional, PEC nº 136/2019, que acrescenta o inciso LXXIX ao artigo 5º da Constituição Federal, com o seguinte teor: “O Estado assegurará a adoção de métodos extrajudiciais de solução de conflitos”. A segunda é o Projeto de Lei, PL nº 533/2019 que acrescenta o parágrafo único ao artigo 17 e o §3º ao artigo 491, ambos do Código de Processo Civil com a seguinte redação:

“Art. 17. (...)

Parágrafo único. Em caso de direitos patrimoniais disponíveis, para haver interesse processual é necessário ficar evidenciada a resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor”.

“Art. 491. (...)

§3º Na definição da extensão da obrigação, o juiz levará em consideração a efetiva resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor, inclusive, no caso de direitos patrimoniais, se o autor, por qualquer meio, buscou a conciliação antes de iniciar o processo judicial”.

sua função”⁶⁶, que se materializa não apenas através do processo judicial como, também, através dos métodos adequados de resolução de conflitos.

A validade da resolução extrajudicial de disputas, ou seja, fora do âmbito do Poder Judiciário, não é novidade e já foi reconhecida desde a declaração de constitucionalidade da Lei de Arbitragem⁶⁷, que permite às partes convencionarem submeter litígios sobre direitos patrimoniais disponíveis à decisão de terceiros por elas nomeado(s), afastando a jurisdição estatal.

A bem da verdade, diversos registros históricos demonstram a previsão legal de utilização de métodos extrajudiciais de resolução de disputas pelo nosso ordenamento jurídico, cabendo destacar a atuação dos juízes de paz na conciliação prévia obrigatória ao processo judicial, prevista na Constituição imperial de 1824 e a conciliação prevista na Lei de 29 de novembro de 1832, esta última considerada o primeiro diploma processual brasileiro.⁶⁸

No ano de 2015 os métodos adequados de resolução de conflitos ganharam ainda mais fôlego, quando houve verdadeiro delineamento do arcabouço jurídico com a reforma da Lei nº 9.307/1996 (“Lei de Arbitragem”) pela Lei nº 13.129/2015, a edição da Lei nº 13.140/2015 (“Lei de Mediação”) e a reforma do Código de Processo Civil pela Lei nº 13.105/2015.

Assim é que os variados mecanismos de solução adequada de conflitos como arbitragem, negociação, conciliação e mediação passaram a integrar um microsistema de resolução de conflitos em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, ao lado do processo judicial. Nesse sentido Fredie Didier Jr chega a afirmar que “a tradicional solução por heterocomposição pelo Judiciário passa a ser, então, somente um dos muitos modos dar resolução do problema jurídico – e, em variadas situações, nem mesmo será a via mais adequada para essa finalidade”.⁶⁹

Os *ADRs* ou *MASCs*, independente da denominação utilizada, podem ser “considerados como instrumentos que possibilitam a gestão e a resolução de disputas em conjunto ou paralelamente, por vezes em substituição, à tutela

⁶⁶ DE OLIVEIRA LEAL, Luciana. *O Acesso à Justiça e a Celeridade na Tutela Jurisdicional*. in <www.academia.edu>, p. 3.

⁶⁷ No incidente de homologação de sentença estrangeira, AgRg na SE 5.206-7/ES julgado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2001 e do qual foi Relator o Ministro Sepúlveda Pertence.

⁶⁸ WATANABE, 2012. pp. 89-90.

⁶⁹ DIDIER JR, Fredie. FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à Justiça Multiportas: Sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à Justiça no Brasil*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 277.

jurisdicional oferecida pelo Poder Judiciário”.⁷⁰ Exemplos mais conhecidos desses métodos são a arbitragem, negociação, conciliação, mediação e os comitês de resolução de disputas, também conhecidos como *dispute boards*.

Abra-se, aqui, um parêntese, para mencionar que os métodos adequados de resolução de conflitos, mormente os consensuais como a mediação, ganharam essa designação de – *adequados* – justamente por priorizarem o protagonismo e a autonomia da vontade das partes na construção da solução, ou seja, da busca pela solução que seja *adequada* aos interesses em conflito e não a solução imposta por um terceiro. Realmente, nada melhor do que as partes para saber o que é possível ser implementado e o que atende aos seus reais interesses.

A dinâmica da mediação permite não apenas a solução pontual do conflito como, muitas das vezes, a manutenção ou restauração da relação continuada. Nesse sentido Tânia Almeida⁷¹ ressalta

O desenho da estrutura do processo de Mediação em etapas permite que as pessoas em dissonância caminhem por um passo a passo que respeita o ânimo ruidoso da chegada e as conduzem, no seu tempo, por fases intermediárias que viabilizam rever a rigidez inicial e flexibilizar posições, levando-as em direção a cuidado de seus interesses, tanto quanto dos interesses dos demais, incluindo os daqueles que estão fora da mesa. Esse percurso que “des-constrói” conflitos, “re-constrói” relacionamentos e “co-constrói” soluções torna possível a preservação da relação social entre todos. Aqui estão também reunidas, respeitosamente, algumas das premissas da Cultura da Paz.

Ambiciosa nos seus propósitos, a Mediação, quando convida à co-construção das soluções e veta resultados perde-ganha, oferece não somente cenário propício para a autocomposição com autoria, mas, também, para o atendimento das necessidades de todos os envolvidos e para a preservação das relações sociais. .

Foi então que a sigla *ADR - alternative dispute resolution*, que surgiu para designar métodos de resolução de conflitos cuja utilização representava *alternativa* à via judicial, evoluiu ultimamente para significar via *adequada* de resolução de conflitos, passando *ADR* a ser entendido como *adequate dispute resolution*.⁷²

⁷⁰ FERNANDES, Amanda Frederico Lopes. *Justiça consensual*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2021, p. 25.

⁷¹ ALMEIDA, Tânia. Cultura de Paz e Métodos de Solução de Conflitos in CURY, Cesar; MUNIZ, Daniela (coords.). *Manual de justiça multiportas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024, p. 169.

⁷² Dignos de nota são os comentários de CARMONA nesse sentido:

“A verdade é que esta terminologia tradicional e histórica, que se reporta a ‘meios alternativos’ está ha anos sob ataque, na medida em que uma visão mais moderna do tema aponta meios **adequados** (ou mais adequados) de solução de litígios, não necessariamente **alternativos**. Em boa lógica (e tendo em conta o grau de civilidade que a maior parte das sociedades atingiu neste terceiro milênio), é razoável pensar que as controvérsias tendam a ser resolvidas, num primeiro momento, diretamente pelas partes interessadas (negociação), eventualmente com a assistência de terceiros (mediação, conciliação); em caso de fracasso deste diálogo primário (método autocompositivo), recorrerão os

Cabe, então, nos aprofundarmos nas características gerais de cada um dos métodos adequados de resolução de conflitos mais conhecidos como a arbitragem, negociação, conciliação e mediação, além do processo judicial.

1.3. Métodos heterocompositivos ou adversariais

De acordo com Goldberg, Sander, Rogers e Cole⁷³ a maneira natural de resolução de conflitos deveria ser a negociação. No entanto, quando as pessoas não conseguem resolver sozinhas suas disputas, elas recorrem a um terceiro. A grande diferença entre os métodos de resolução de disputas heterocompositivos e autocompositivos é justamente o grau de participação e interferência desse terceiro na disputa.

Nas palavras de Fredie Didier Jr, a heterocomposição é o modo de resolução de disputas em que a solução advém de um terceiro⁷⁴, não na acepção quantitativa, mas por ser um estranho diverso das partes envolvidas no conflito. É esse terceiro que decide, que resolve a disputa, que dá a solução para o conflito e a impõe aos envolvidos.

Esse terceiro costuma ser desinteressado na solução, daí se dizer ser imparcial. A imparcialidade é elemento intrínseco aos métodos heterocompositivos, pelo fato de se referir ao prolator da decisão que será aplicada às partes, daí não poder ter interesse na solução.⁷⁵

Os métodos heterocompositivos de solução de disputas se baseiam no modelo adversarial e dualista fundado na lógica de “ganha-perde”, “certo-errado”, “verdade-mentira”, no qual cada uma das partes tenta convencer o decisor a lhe

conflitantes às fórmulas heterocompositivas (processo estatal, processo arbitral). Sob este enfoque, os métodos verdadeiramente alternativos de solução de controvérsias seriam os heterocompositivos (o processo, seja estatal, seja arbitral), não os autocompositivos (negociação, mediação, conciliação). Para evitar esta contradição, soa correta a referência a métodos **adequados** de solução de litígios, não a métodos **alternativos**”. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 4ª ed. Barueri/SP: Atlas, 2023, p. 31.

⁷³ GOLDBERG, Stephen B; SANDER, Frank E.A.; ROGERS, Nancy H; COLE, Sarah Rudolph. *Dispute Resolution: negotiation, mediation and other processes*. Wolters Kluwer, 2007, p. 3.

⁷⁴ DIDIER JR, 2024, p. 187.

⁷⁵ Em tal sentido são os seguintes dispositivos da Lei de Arbitragem:

“Art. 13. (...)

§6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”.

“Art. 14. Estão impedidas de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil”.

atribuir a vitória, mediante a aplicação do direito. Nessa lógica os fatos e o direito possuem relevância e a atividade subsunção-aplicação do direito aos fatos é da essência da atribuição do terceiro julgador.

Diga-se, ainda, que os métodos heterocompositivos são mais formais e o controle tanto do resultado quanto do desenrolar do próprio procedimento está nas mãos do terceiro julgador e não das partes.

Além disso, nos processos heterocompositivos a atuação dos advogados assume preponderância no contato com o julgador, com poucas oportunidades de participação direta das partes.

Como exemplos de métodos heterocompositivos, também denominados métodos adjudicatórios ou adversariais, tem-se o processo judicial e a arbitragem.

1.3.1. Processo judicial

Conforme já mencionado, o exercício da autotutela paulatinamente foi cedendo lugar à atribuição da solução dos conflitos a um terceiro e, no Estado Moderno, atribuiu-se tal função ao próprio Estado. Estruturou-se, portanto, a jurisdição como uma das funções promovidas pelo Estado através do processo judicial.

Em um Estado Democrático de Direito, composto pelos três poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, cabe ao Poder Judiciário decidir as disputas entre os particulares, impondo-lhes a decisão, com força vinculante.

Foi nesse contexto que a forma heterocompositiva ou adjudicatória de resolução de conflitos ganhou espaço⁷⁶, notadamente a forma promovida e organizada pelo Estado, ou seja, o processo judicial, como método para o exercício da jurisdição⁷⁷ que, por muito tempo, foi reputado como o método clássico apto ao que se compreendia como realização da justiça.

Assim é que, no Brasil, de acordo com o art. 5º, XXXV da Constituição Federal, todo cidadão pode se valer do processo judicial para resolver conflito juridicamente relevante de ameaça ou lesão a direito.

⁷⁶ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 55.

⁷⁷ DIDIER JR, Fredie. *Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. vol 1. 15ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013. p. 25.

O processo judicial possui natureza pública, uma vez que promovido no âmbito de um dos poderes constitucionais – o Poder Judiciário – no qual o terceiro (juiz) imparcial possui o poder decisório de resolver a disputa e impor a solução vinculante aos envolvidos, podendo, ainda, praticar atos executivos para consecução da decisão.⁷⁸

O processo judicial é regido por lei específica que regulamenta o seu procedimento e podem ser as regras gerais do Processo Civil ou regras especiais afeitas ao processo penal, processo do trabalho, processo tributário, processo eleitoral, processo administrativo, entre outros.

O processo judicial segue rito próprio com regras e prazos específicos relativamente aos quais as partes possuem pouca ingerência⁷⁹ e é regido por princípios como contraditório, ampla defesa, persuasão racional do juiz, produção probatória, entre outros, para que se possa atingir a decisão do juiz, que se espera seja de mérito e à qual as partes ficarão vinculadas.

De qualquer modo, ao levar o conflito para ser resolvido através do processo judicial as partes ficam subordinadas e obrigadas a observar o rito formal do procedimento previsto na legislação (para o que nos interessa, no Código de Processo Civil), que deve obedecer ao devido processo legal previsto no art. 5º, LIV da Constituição Federal.

1.3.2. Arbitragem

Desde que a Constituição Federal de 1946 transformou em garantia constitucional que nenhuma lesão a direito pode ser suprimida da apreciação do Poder Judiciário passou-se a questionar a constitucionalidade da arbitragem, discussão que reacendeu com o advento da Lei de Arbitragem frente ao inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.⁸⁰

⁷⁸ NAVARRO, Trícia. *Justiça Multiportas*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2024, p. 53.

⁷⁹ O Código de Processo Civil de 2015 introduziu a possibilidade de maior participação das partes na organização do procedimento, através da previsão do art. 191 que dispõe: “Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário”.

⁸⁰ “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

Foi apenas no ano de 2001 que o Supremo Tribunal Federal declarou, de forma incidental, a constitucionalidade da Lei de Arbitragem através do AgRg na SE 5.206-7, por entender que a garantia constitucional prevista no inciso XXXV do art. 5º constitui um direito de ação e uma faculdade das partes, mas não um dever. E, por assim ser, no exercício da autonomia da vontade das partes, elas podem convencionar se optarão em exercer o direito de ação que lhes é colocado à disposição pelo Estado através do processo judicial ou se utilizarão outra via, como a arbitral, em se tratando de direitos disponíveis.

Atualmente, a resolução extrajudicial de conflitos através da arbitragem não é mais novidade e nem constitui controvérsia, sendo ela amplamente utilizada principalmente no meio empresarial.⁸¹ A reforma da Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129/2015 afastou qualquer resquício de dúvida, até mesmo sobre o uso da arbitragem por órgãos da administração pública direta e indireta em disputas sobre direitos patrimoniais disponíveis.⁸²

Apontam-se como benefícios da arbitragem⁸³ a possibilidade de escolha do julgador, cujos árbitros podem ser livremente escolhidos pelas partes de acordo com a especialização e a depender da matéria objeto da disputa, o que não é possível perante o Poder Judiciário. Outro aspecto é a celeridade, pois em comparação à duração média do processo judicial de mais de quatro anos, o processo arbitral, dura, em média, dois anos.⁸⁴ Comparado ao processo judicial o processo arbitral pode ser considerado dotado de certa flexibilidade, na medida em que as partes e

⁸¹ A pesquisa “Arbitragem em Números” do ano de 2024, que reúne dados dos anos de 2022 e 2021 das principais Câmaras Arbitrais do país como CAM-CCBC, CAM-CIESP/FIESP, AMCHAM, CCI, CAM-MERCADO, CBMA, CAM-FGV e CAMARB informa que no ano de 2022 havia 1.116 arbitragens em curso versando sobre construção civil, energia, societário, esportivo e empresarial envolvendo valores da ordem de R\$ 39,58 bilhões, sendo que a liderança da matéria versada é societária. Em termos internacionais a ICC – *International Chamber of Commerce* divulgou o boletim contendo as estatísticas preliminares do ano de 2024 no qual informa a existência de 1.789 arbitragens em curso ao final do ano de 2024, sendo 831 delas sob as regras do Regulamento de Arbitragem da ICC e 152 novas arbitragens expeditas, totalizando 865 arbitragens expeditas desde a instituição desta modalidade em 2017. Ainda de acordo com o relatório, as partes advêm de 136 jurisdições diferentes sendo Estados Unidos (167), Brasil (156), Espanha (137), México (106), Itália (101), China e Hong Kong (98), Alemanha (85), Turquia (80), França (73) e Emirados Árabes (73). Embora o valor em disputa varie bastante desde US\$ 10 mil até US\$ 130 milhões, a média de valores de arbitragens em curso atingiu o valor de US\$ 211 milhões e o somatório total de US\$ 354 bilhões.

⁸² Vide a inserção do §1º ao art. 1º da Lei de Arbitragem.

⁸³ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem; mediação; conciliação; Resolução CNJ 125/2010*. 6ª ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pp. 120-122.

⁸⁴ Vide pesquisa “Arbitragem em Números” do ano de 2024 segundo a qual o tempo médio de duração de uma arbitragem é de 23,91 meses.

advogados possuem maior interação com os árbitros na definição de atos como audiências e oitiva de testemunhas.

Embora a Lei de Arbitragem expressamente não defina a confidencialidade como caráter obrigatório, tornou-se extremamente habitual atribuí-lo ao processo arbitral.⁸⁵

A estipulação da adoção da via arbitral, ou seja, da submissão de conflitos à decisão particular do(s) árbitro(s) pode se dar mediante uma cláusula no bojo de um contrato, o que significa que a estipulação será feita antes do surgimento do conflito – *cláusula compromissória*⁸⁶ ou posteriormente, quando a divergência entre as partes já estiver instaurada e elas decidem submetê-la, efetivamente, à decisão pela via arbitral – *compromisso arbitral*.^{87 88}

Na definição de Carmona “arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias por meio da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial”.⁸⁹

Extraem-se, portanto, desta definição, que a arbitragem:

- a) é *voluntária*, porque decorre da vontade das partes de estipularem a não submissão do conflito à jurisdição estatal⁹⁰ e à outorga do poder de decidir a uma ou mais pessoas – o(s) árbitro(s);

⁸⁵ Salvo em se tratando de arbitragem envolvendo administração pública, conforme art. 2º, §3º da Lei de Arbitragem.

⁸⁶ Vide art. 4º da Lei de Arbitragem:

“A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

⁸⁷ Vide art. 9º da Lei de Arbitragem:

“O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

⁸⁸ Consoante ensinamentos do Min. Fernando Gonçalves no julgamento da SEC 1210/EX, Corte Especial do STJ, julgado em 20/06/2007, “a diferença entre cláusula compromissória e compromisso consiste no fato de que, enquanto o compromisso arbitral se destina a submeter ao juízo arbitral uma controvérsia concreta já surgida entre as partes, a cláusula compromissória objetiva submeter a processo arbitral apenas questões indeterminadas e futuras, que possam surgir no decorrer da execução do contrato”. *Apud* MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso de direito arbitral: aspectos práticos do procedimento*. 2ª ed. Revista e ampliada. Curitiba: CRV, 2014, p. 59.

⁸⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 4ª ed. Barueri/SP: Atlas, 2023, p. 13.

⁹⁰ Há quem diga em renúncia à jurisdição estatal.

- b) *versa sobre direitos disponíveis* porque as partes podem submeter à arbitragem direitos patrimoniais disponíveis, inclusive afeitos à administração pública;⁹¹
- c) *prestigia a liberdade de escolha* da norma aplicável material e processual, ou seja, se os árbitros decidirão o direito material com base nas leis e qual lei será aplicada ou se aplicarão regras de usos, costumes ou princípios gerais de direito;^{92 93}
- d) *a liberdade de escolha* que se reflete, ainda, sobre o local da arbitragem, idioma, confidencialidade e, claro, sobre a escolha do(s) árbitro(s), que podem ser quaisquer pessoas capazes e quiçá especializadas na matéria, que detenham a confiança das partes;^{94 95}
- e) *é contratual*, porque depende da estipulação das partes e pode ser contratada antes da controvérsia, no bojo de um contrato (cláusula compromissória) ou quando o conflito já estiver instaurado (compromisso arbitral).^{96 97} Obviamente que as partes para assim estipularem precisam gozar da capacidade de contratar;

⁹¹ Vide art. 1º da Lei de Arbitragem:

“As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

⁹² Vide art. 2º da Lei de Arbitragem:

“A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes:§1º Poderão, as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública;

§2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”.

⁹³ À exceção da arbitragem com ente público, que deve ser, necessariamente, de direito, a teor do §3º do art. 2º da Lei de Arbitragem:

“§3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”.

⁹⁴ Vide art. 13 da Lei de Arbitragem:

“Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”.

⁹⁵ Considera-se recomendável, também, que os árbitros conheçam a matéria versada na controvérsia que será submetida à arbitragem.

⁹⁶ A denominada *convenção de arbitragem*.

⁹⁷ Vide art. 3º da Lei de Arbitragem:

“As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

- f) *é privada* – porque independe da interferência estatal, sua decisão é irrecorrível, ou seja, não sujeita a recurso, vinculante e dotada dos mesmos efeitos de título executivo judicial tal qual a sentença judicial;⁹⁸

Realmente, de acordo com o art. 18 da Lei de Arbitragem, o “*árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário*”, o que consagra o seu caráter privado e independente do poder estatal. E mais, o art. 31 da Lei de Arbitragem atribui à decisão arbitral (sentença arbitral) o mesmo caráter e efeitos da sentença judicial⁹⁹, dotando-a, inclusive, de natureza de título executivo judicial, o que também foi encampado pelo artigo 515, VII do Código de Processo Civil de 2015.¹⁰⁰

Cabe salientar, entretanto, que embora a sentença arbitral seja dotada de força executiva, os árbitros não detêm poder coercitivo nem o poder de determinar medidas executivas, o que significa dizer que, caso a sentença arbitral não seja espontaneamente cumprida, a parte vencedora poderá requerer o seu cumprimento perante o Poder Judiciário.¹⁰¹

No entanto, embora extrajudicial e considerada método adequado de resolução de conflitos, a arbitragem constitui método heterocompositivo, adversarial ou adjudicatório de resolução de disputas¹⁰², na medida em que a decisão é imposta às partes por um ou mais de um terceiro neutro e imparcial – o(s) árbitro(s) –, a quem elas atribuem o poder de decisão.

⁹⁸ Apenas a sentença arbitral estrangeira depende de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, a teor do art. 35 da Lei de Arbitragem.

⁹⁹ Vide art. 31 da Lei de Arbitragem:

“A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

¹⁰⁰ “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

(...)

VII- a sentença arbitral.”

¹⁰¹ Art. 516 do Código de Processo Civil:

“O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:

(...)

III – o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido por Tribunal Marítimo”.

¹⁰² Diz-se adjudicatório porque tanto na arbitragem quanto no processo judicial é um terceiro que impõe a decisão às partes. No caso da arbitragem, as próprias partes outorgaram, consensualmente, a um ou mais terceiros, o exercício da tutela jurisdicional de decidir a disputa, mantendo a polarização entre vencedor e vencido.

A imposição da decisão às partes pelo terceiro é da natureza da heterocomposição, que resolve a demanda, mas não o problema em si (o conflito). Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, “no processo judicial e na arbitragem, em que a decisão é imposta, a pacificação pode até existir no plano social (pois o conflito foi dirimido em face da sociedade), mas certamente não existe para as partes”.¹⁰³

Prossegue, ainda, Grinover¹⁰⁴ asseverando que a pacificação social obtida pela decisão adjudicatória será relativa, na medida em que diz respeito à parte do conflito levada ao processo judicial e/ou à arbitragem, que pode não constituir o conflito na sua inteireza.¹⁰⁵

Por fim, uma das características dos métodos heterocompositivos, adversariais ou adjudicatórios de resolução de conflitos como a arbitragem e o processo judicial é a lógica do antagonismo “perde-ganha”, “certo-errado”, “verdade-mentira” presentes nos níveis quatro, cinco e seis que integram o segundo bloco da escala Glasl do conflito antes mencionada, que impregnam não apenas as partes como, também, a atuação dos advogados e acabam, por vezes, acirrando os ânimos.

1.4. Métodos autocompositivos ou consensuais

Os métodos autocompositivos, a seu turno, têm por essência a ideia de consensualidade, ou seja, da resolução do conflito obtida pelas próprias partes para atender seus interesses sem a imposição da solução por um terceiro.

O vocábulo *consenso* remete à ideia de “*concordância ou unanimidade de opiniões, raciocínios, crenças, sentimentos etc. em um grupo de pessoas; decisão,*

¹⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O minissistema brasileiro de Justiça Consensual: compatibilidades e incompatibilidades*. in Publicações da Escola AGU, v. 8, n. 1, jan/mar, 2016, p. 18.

¹⁰⁴ Ibid., p. 18.

¹⁰⁵ “Ao demandar em juízo, as partes muitas vezes omitem certos aspectos fáticos relevantes, levando ao conhecimento do magistrado apenas uma fatia da realidade verificada. A outra parte, por sua vez, pode incorrer na mesma conduta, apresentando apenas fatos que repute favoráveis à sua tese. O processo acaba limitado a um panorama deliberadamente recortado, o que pode gerar intensas dificuldades para reconstituição histórica dos elementos relevantes e a dedução do que é realmente justo”. TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 87.

opinião, deliberação comum à maioria ou a todos os membros de uma comunidade”.¹⁰⁶

Nos mecanismos autocompositivos ou consensuais de resolução de conflitos como a negociação, a conciliação e a mediação, as próprias partes participam da elaboração da solução. Elas podem chegar à solução consensual interagindo diretamente ou mediante auxílio de um terceiro neutro e imparcial que facilita a comunicação e as auxilia a buscar uma solução, sem, no entanto, lhes impor uma decisão.

Eis, aí, um grande diferencial entre os mecanismos heterocompositivos e os autocompositivos: nos heterocompositivos a decisão advém de um terceiro que a impõe às partes com força vinculante – seja no processo judicial seja no processo arbitral - enquanto nos autocompositivos ainda que as partes contem com o auxílio de um terceiro, não há imposição da decisão às partes, que participam da construção da solução.

A partir dessa essencial diferenciação costuma-se identificar como benefício dos métodos autocompositivos ou consensuais de resolução de disputas (i) redução do tempo de duração do procedimento (ii) redução dos custos envolvidos, (iii) controle, flexibilização e customização do procedimento, (iv) adequação do resultado¹⁰⁷, o que facilita o (v) cumprimento espontâneo e a sustentabilidade do acordo alcançado pelas partes, que tendem a observar e cumprir a avença por elas construída e a obrigação eventualmente dela decorrente.¹⁰⁸

Dentre os métodos consensuais de resolução de conflitos destacam-se a negociação, conciliação e a mediação. Pode-se adiantar que a diferença entre eles é a participação – ou não – de um terceiro neutro e imparcial e o grau de interferência desse terceiro no auxílio à comunicação e negociação entre as partes.

¹⁰⁶ Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis. *Consenso*. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/consenso/>>. Acesso em: 26 jul. 2024.

¹⁰⁷ “As vantagens da mediação têm sido laboriosamente propagadas e sabemos que não se resume à economia de custos pelas partes. Por meio dela, o risco e a incerteza de uma decisão judicial proferida por um juiz selecionado aleatoriamente para resolver o conflito são substituídos por uma solução elaborada pelas próprias partes com a ajuda de um mediador escolhido por elas”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. “Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça”. In PAIVA MUNIZ, Joaquim de; VERÇOSA, Fabiane [et. al]. *Arbitragem e Mediação: temas controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, out. 2014, p. 332.

¹⁰⁸ No caso da mediação extrajudicial o acordo produzido, possui, ainda eficácia de título executivo extrajudicial, consoante o art. 20, §único da Lei de Mediação e art. 784, IV do Código de Processo Civil.

1.4.1. Negociação

Na *negociação* pura e simples as partes se comunicam diretamente e buscam o entendimento para atingir o consenso comumente sem o auxílio de um terceiro facilitador.¹⁰⁹ Por ser método informal e flexível, geralmente incorporado ao nosso dia a dia de forma intuitiva, não é incomum não se levar a sério a *negociação* como técnica, o que é um equívoco.

Aliás, as técnicas de *negociação* estudadas a fundo tal qual pela Escola de *Harvard* constituem valioso subsídio a outros métodos autocompositivos como a conciliação e a mediação, que incorporam tais técnicas em algumas de suas etapas.¹¹⁰

1.4.2. Conciliação

Na conciliação as partes contam com a ajuda de um terceiro, neutro e imparcial, que promove a comunicação e a negociação entre elas, visando o acordo.

Trícia Navarro anota que a *conciliação* visa, de modo objetivo, atender aos interesses imediatos das partes no conflito com vistas a encerrar a disputa, daí ser indicada para hipóteses que envolvam relações jurídicas sem vínculo de continuidade.¹¹¹ É justamente o que dispõe o §2º do art. 165 do Código de Processo Civil ao estatuir que “*o conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem*”.

Extraí-se, desde logo, como característica inerente à *conciliação* a atuação mais interventiva do conciliador na interação e promoção da negociação entre as partes, podendo ele próprio sugerir soluções.

Cabe, aqui, destacar que a conciliação prevista no §2º do art. 165 do Código de Processo Civil se propõe a ser conduzida por conciliadores capacitados conforme

¹⁰⁹ Nada impede que as partes sejam auxiliadas por um terceiro negociador, mas geralmente a negociação se dá de forma direta entre as partes.

¹¹⁰ O emblemático livro de Roger Fisher e William Ury “*Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*”, identifica os seguintes elementos que devem ser priorizados nas negociações: (i) separar as pessoas do problema, (ii) concentrar nos interesses e não nas posições e (iii) criar soluções de ganho mútuo e (iv) utilizar critérios objetivos. FISCHER, Roger. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Roger Fisher, William Ury & Bruce Patton: tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2ª ed rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Imago, 2005. Acrescente-se, ainda, que o art. 166, §3º do CPC admite “a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição”.

¹¹¹ NAVARRO, Trícia. *Justiça Multiportas*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2024, p. 71.

as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, na tentativa de não se repetir a experiência frustrada das audiências de conciliação dos Juizados Especiais Cíveis e, até mesmo, do Código de Processo Civil de 1973, conduzidas em sua maior parte por servidores inexperientes e que, por tal motivo, ficaram estigmatizadas como etapa processual sem eficácia.

1.4.3. Mediação

Outro método autocompositivo de solução de conflitos que vem ganhando destaque e constitui o foco primordial do presente trabalho é a mediação, definida no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) 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*”.

A mediação somente pode versar sobre direitos que admitam autocomposição, ou seja, sobre direitos disponíveis ou, ainda que indisponíveis, que admitam transação.¹¹²

A mediação pode ser entendida como um método autocompositivo de solução de conflitos¹¹³ no qual o mediador auxilia a comunicação entre as partes primordialmente através da elaboração de questionamentos, de modo a provocar reflexões e fazê-las enxergar outros aspectos da controvérsia, promovendo o diálogo e a construção da solução.¹¹⁴ Comentando o papel do mediador Tânia Almeida¹¹⁵ pontua

¹¹² Vide art. 3º da Lei de Mediação.

¹¹³ FALECK define mediação como “procedimento no qual as partes de uma disputa negociam a resolução de seu conflito assistidas por um terceiro neutro sem poder decisório, que irá desenhar e implementar um processo de negociação, visando a construção de um acordo e ajudando as partes a superar os obstáculos existentes”. FALECK, Diego. “Opening mediation widows: role of parties, contracts and institutions”. in *New York Dispute Resolution Lawyer, a publication of the Dispute Resolution Section of the New York State Bar Association*, vol. 14, nº 01, 2021, pp. 370-371.

¹¹⁴ O Manual Prático de Mediação Empresarial elaborado pelo Fórum Nacional de Recuperação Empresarial e Falências do Poder Judiciário – FONAREF/CNJ em 27/10/2022 adota a seguinte conceituação de mediação:

“A mediação é um método adequado de solução de controvérsias. De forma abrangente, pode ser entendida como uma dinâmica de negociação assistida, na qual o mediador, terceiro imparcial e sem poder decisório, auxilia as pessoas em conflito a resgatarem o diálogo, a refletirem sobre seus reais interesses e a identificarem, em coautoria, alternativas de benefício mútuo, que contemplem suas necessidades e possibilidades, sempre com uma visão prospectiva”. Manual de Mediação Judicial. CNJ. p. 9. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2024.

¹¹⁵ ALMEIDA, Tânia. *Cultura de Paz e Métodos de Solução de Conflitos* in CURY, Cesar; MUNIZ, Daniela (coords.). *Manual de justiça multipartas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024, p. 169.

A possibilidade de ter um terceiro auxiliando na efetividade do fluxo do diálogo, sem opinar, sugerir ou julgar, permitindo que as soluções construídas sejam customizadas pelas necessidades dos envolvidos, reforça as premissas de protagonismo e de exercício da cidadania.

Esse é, aliás, um dos grandes diferenciais da mediação com relação a outros métodos de resolução de conflitos, pelo grau de atuação do mediador, que mesmo sendo um terceiro neutro e imparcial, não impõe a decisão às partes como ocorre na arbitragem.¹¹⁶

O §3º do art. 165 do Código de Processo Civil estipula que o mediador “*atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos*”.

A participação das partes na mediação e o protagonismo a elas atribuído para que possam expor seus pontos de vista, interesses e visões antagônicas é o que possibilita, com o auxílio do mediador, a encontrar soluções verdadeiramente adequadas ao conflito. Tanto é que¹¹⁷

A mediação permite que os envolvidos na controvérsia atuem cooperativamente em prol de interesses comuns ligados à superação de dilemas e impasses; afinal, quem poderia divisar melhor a existência de saídas produtivas do que os protagonistas da história?

A mediação pode ser extrajudicial e se desenrolar no âmbito privado independente (*ad hoc*) e/ou perante Câmaras institucionais ou ainda, se dar no âmbito judicial; ambas as modalidades estão previstas e permitidas pela Lei de Mediação. Para efeitos desse trabalho daremos maior ênfase à mediação privada *ad hoc* ou perante Câmaras institucionais, não abrangendo a mediação judicial.

Tanto a mediação quanto a *conciliação* são regidas pelos princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade das partes, confidencialidade, oralidade, informalidade e da decisão informada.¹¹⁸ Além de

¹¹⁶ “A mediação configura um meio consensual porque não implica a imposição de decisão por uma terceira pessoa; sua lógica, portanto, difere totalmente daquela em que um julgador tem autoridade para impor decisões”. TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 174.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 174

¹¹⁸ Vide art. 166 do Código de Processo Civil e Anexo III da Resolução CNJ nº 125/2010, que estipula o Código de Ética de Mediadores e Conciliadores Judiciais e cujo art. 1º possui a seguinte redação:

todos esses princípios constantes do Código de Processo Civil, no que se refere especificamente à mediação, a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) acrescenta os princípios da isonomia entre as partes, busca do consenso e boa-fé.¹¹⁹

Como corolário da flexibilidade do procedimento de mediação está o fato de a solução não precisar ficar subordinada ao pedido inicial, tal como ocorre com o juiz que não pode proferir “*decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado*”.¹²⁰

Diferentemente do processo judicial e, também, da arbitragem, a solução resultante da mediação pode ser diferente do pedido inicial em sua natureza ou valor e, até mesmo, envolver pessoas estranhas à controvérsia inicial. É o que ocorre, por exemplo, em uma disputa contratual com pedido de rescisão fundado no inadimplemento em que as partes resolvem compensar os valores devidos em um contrato com os valores de outro contrato, prorrogando, ainda, o prazo contratual e adicionando partes ou empresas dele não integrantes originalmente.¹²¹

Esse é, justamente, um dos grandes diferenciais da mediação, que permite alcançar um resultado diferente do pedido formulado e que envolva outras partes

“Art. 1º São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

I – Confidencialidade - dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese;

II – Decisão informada - dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido;

III – Competência - dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada;

IV – Imparcialidade - dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente;

V – Independência e autonomia - dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável;

VI – Respeito à ordem pública e às leis vigentes - dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes;

VII – Empoderamento - dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição;

VIII – Validação - dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito”.

¹¹⁹ Vide art. 2º da Lei nº 13.140/2015.

¹²⁰ Vide art. 492 do Código de Processo Civil.

¹²¹ Por isso se diz que a mediação permite alcançar um resultado diferente do pedido formulado e que pode envolver outras partes não integrantes da disputa.

não integrantes da disputa, o que significa uma maior adequação da solução que verdadeiramente atenda aos interesses das partes, o que não ocorre no processo judicial ou arbitral, onde há a solução da disputa, mas, nem sempre, mediante um resultado adequado.

Tanto é assim, que o §2º do art. 515 do Código de Processo Civil estipula, expressamente, que “*a autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo*”, em clara demonstração do estímulo à adoção dos métodos consensuais mesmo no âmbito judicial, enfatizando, ainda, a possibilidade de adequação do resultado da mediação ser diferente do pedido deduzido em juízo.

O mediador é o responsável pela condução do procedimento, podendo realizar reuniões conjuntas ou separadas entre as partes para que elas possam se expressar com maior facilidade e debater seus pontos fortes e fracos sem ser na frente da parte contrária.

As sessões privadas, também denominadas *caucus*, assumem importante papel dentro das técnicas de mediação, por permitirem conversas em ambiente privado e cobertas pela confidencialidade entre o mediador, as partes e seus advogados, propiciando reflexões sobre propostas, ofertas, valores máximos e mínimos e demais detalhes do conflito.

Chama-se atenção, aqui, para o princípio da confidencialidade que se aplica ao mediador, às partes, advogados e assessores técnicos durante todo o procedimento de mediação e possui duplo caráter, abrangendo, ainda, o teor das sessões privadas. A confidencialidade abrange declaração, opinião, sugestão, promessa, proposta, reconhecimento de fato e documento preparado para fins da mediação, que não poderão ser posteriormente utilizados em outros procedimentos. É o que preceitua o art. 30 da Lei de Mediação¹²², que veda a revelação de

¹²² “Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

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

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

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

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

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

informações relativas ao procedimento de mediação a terceiros, nem mesmo em processo judicial ou arbitral, “*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*”.¹²³

Some-se a isso a proibição do mediador atuar como testemunha conforme artigo 166, §2º do Código de Processo Civil e do artigo 7º da Lei de Mediação, justamente para resguardar a confidencialidade das informações a ele reveladas pelas partes.

Outra peculiaridade da mediação digna de nota é a suspensão do prazo prescricional durante o procedimento.¹²⁴

Importante notar que, embora o procedimento de mediação seja primordialmente oral e flexível, o acordo resultante da mediação possui força de título executivo extrajudicial, a teor da previsão expressa do parágrafo único do art. 20 da Lei de Mediação.¹²⁵ Somente quando versar sobre direitos indisponíveis, mas transigíveis, que o acordo resultante da mediação deverá ser homologado em juízo, ouvindo-se, ainda, o Ministério Público Federal.^{126 127}

Cabe, aqui, mencionar a sutil diferença de tratamento entre a Lei de Mediação e o Código de Processo Civil no que diz respeito à eficácia do acordo

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

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

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

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

¹²³ A importância da confidencialidade no procedimento de mediação assume tamanho relevo que foi objeto do seguinte Enunciado da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do CJF – Conselho da Justiça Federal realizada em 2021:

“Enunciado 218 - O princípio da confidencialidade aplica-se integralmente às mediações empresariais”.

¹²⁴ Art. 17 da Lei nº 13.140/2015:

“Considera-se instituída a mediação na data para a qual for marcada a primeira reunião de mediação. Parágrafo único. Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional”.

¹²⁵ “Art. 20. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial”.

¹²⁶ Vide art. 3º, §2º da Lei de Mediação.

¹²⁷ É o que ocorre nas ações de família, a teor do art. 698 do Código de Processo Civil.

resultante da mediação, na medida em que a Lei de Mediação confere eficácia de título executivo extrajudicial ao acordo que verse sobre direitos disponíveis, enquanto o Código de Processo Civil considera como título executivo extrajudicial o instrumento de transação referendado pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal, a teor do disposto no artigo 784, IV, requisito que a Lei de Mediação claramente não exige.

Poder-se-ia cogitar, ainda, que a Lei de Mediação constitui regramento legal específico sobre o assunto e, portanto, se sobrepõe ao Código de Processo Civil que constitui legislação genérica.

Mesmo havendo expressa previsão legal, não foram poucas as dúvidas acerca da eficácia do acordo resultante de mediação, que foram objeto dos seguintes Enunciados nas II Jornadas de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal – CJF realizada em 2021:

- **Enunciado 186** – *“O acordo resultante da mediação não tem sua validade e eficácia condicionadas ao âmbito de competência do órgão em que foi firmado ou ao domicílio das partes”*.
- **Enunciado 191** – *“O termo final de mediação constitui título passível de registro perante os cartórios, desde que não envolva interesse de incapazes, devendo ser interpretado de forma ampliativa o art. 221 da Lei n. 6.015/1973, a fim de garantir a plena eficácia aos métodos extrajudiciais de solução de conflitos”*.
- **Enunciado 204** – *“O termo final de mediação extrajudicial constitui título executivo extrajudicial, independentemente da assinatura de testemunhas no instrumento”*.

No mais, o mediador fica impedido de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes participantes da mediação, a teor do artigo 172 do Código de Processo Civil e dos artigos 6º e 7º da Lei de Mediação.¹²⁸

Em suma, o CNJ – Conselho Nacional de Justiça distingue mediação e conciliação conceituando mediação como *“uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o conflito”*, indicada para *“conflitos multidimensionais ou complexos”* enquanto conciliação *“é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual*

¹²⁸ “Art. 6º. O mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes”.

“Art. 7º O mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador”.

o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial".¹²⁹

Feitas tais considerações e visto como os métodos adequados de resolução de conflitos consensuais como a conciliação e a mediação estão previstos, até mesmo, no Código de Processo Civil, conclui-se que, atualmente, a autocomposição não é privilégio nem exclusividade da atuação extrajudicial.

Muito pelo contrário, o Código de Processo Civil de 2015 encampa diversos momentos de aplicação da autocomposição, que serão abordadas mais detalhadamente no capítulo 2, cabendo mencionar que o juiz pode – e deve – promover a autocomposição das partes seja por ocasião da audiência, quando “*o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outro método de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem*”¹³⁰, seja a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição e, preferencialmente, com o auxílio de mediadores e conciliadores capacitados.¹³¹

Não se pode deixar de reconhecer, entretanto, que ainda há certa resistência na utilização de métodos consensuais no curso do processo judicial, como se a via do processo fosse o único caminho ou um caminho sem volta a partir do momento em que teve início. A motivação para tanto pode estar na tradição do ensino jurídico que pouco abordava as diferentes modalidades de resolução de conflitos, muito menos as consensuais, focando apenas nas técnicas e ferramentas do processo judicial e adversarial.

Louváveis são as iniciativas para difundir o conhecimento sobre os métodos adequados de solução de controvérsias como a Competição Brasileira de arbitragem e mediação promovida pela CAMARB – Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial Brasil, que teve início no ano de 2009 por inspiração das competições internacionais e na edição do ano de 2024 reuniu cerca de mil e quinhentos estudantes, ocasião em que completou quinze anos.

Nesse sentido cabe mencionar que, apenas no ano de 2019, as disciplinas sobre conciliação, mediação e arbitragem passaram a ser obrigatórias nas grades

¹²⁹ Manual de Mediação Judicial. CNJ. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/conciliacao-e-mediacao/>>. Acesso em: 14 nov. 2024.

¹³⁰ Vide art. 359 do Código de Processo Civil.

¹³¹ Vide art. 139, V do Código de Processo Civil.

curriculares dos cursos de direito no país e, via de consequência, no exame promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil.¹³²

Por fim, em meio a essas breves notas sobre os métodos heterocompositivos e métodos autocompositivos não se pode deixar de mencionar, ainda, os *comitês de resolução de disputas*, mais conhecidos como *dispute boards*, que podem ser considerados mecanismos híbridos, por possuírem dupla função, preventiva e resolutiva.

Isso porque, os *dispute boards* são um “*comitê de profissionais independentes e imparciais, formado por um ou mais membros, que tem como função prevenir e solucionar conflitos que surgem entre as partes durante a execução do contrato*” e que podem ser instituídos desde o início do contrato ou no seu curso, por opção das partes.¹³³ São usualmente utilizados em contratos de obras de infraestrutura viária, elétrica, hidroelétrica, eólica, transporte e de questões complexas que envolvam assuntos técnicos e jurídicos.

Possuem ao mesmo tempo aspectos heterocompositivos e autocompositivos, haja vista as variadas naturezas das suas manifestações que podem ser tanto de assistência informal, para que as partes tenham informações e conhecimento (normalmente técnico) suficiente para decidirem sozinhas e chegarem a um acordo sobre a controvérsia (autocomposição), quanto de recomendação ou decisão sobre a disputa (heterocomposição) por parte do comitê.

Ressalte-se, ademais, que ante a ausência de previsão legal específica, a recomendação ou decisão emitida pelo comitê decorre da manifestação de vontade das partes em a ela se submeter, daí que as recomendações e/ou decisões constituem obrigações contratuais, que poderão ser revistas em sede judicial ou arbitral, não sendo dotadas de força executiva.¹³⁴

Como se viu, variados são os métodos adequados de solução de conflitos e guardadas as particularidades de cada um, não se circunscrevem à aplicação

¹³² Vide Resolução CNE/CES nº 5/2018, oriunda do Parecer nº 635/2018, homologado pela Portaria nº 1.351/2018 do Ministério da Educação (MEC), a pedido do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, noticiada no boletim NUPEMEC Informa nº 37, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro in <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 25 jul. 2024.

¹³³ VARELA MELO, Felipe. *Dispute Boards: Meio de Prevenção e Resolução de Disputas*. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 67.

¹³⁴ VARELA MELO, Felipe. *Dispute Boards: Meio de Prevenção e Resolução de Disputas*. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 76.

extrajudicial, sendo cada vez mais aceitos, incentivados e aplicados, inclusive no âmbito judicial.

2. Janela de Mediação

2.1. A visão clássica da mediação prévia

A Resolução CNJ nº 125/2010 é considerada um marco no reconhecimento e oficialização dos mecanismos consensuais de resolução de litígios a partir do momento em que afirma, expressamente, que “*o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa.*”¹³⁵

Isso significa que o acesso e a própria realização da Justiça não estão mais circunscritos à entrega da prestação jurisdicional através do processo judicial no âmbito do Poder Judiciário. Eis, aqui, uma das maiores inovações da Resolução CNJ nº 125/2010, que considera competir ao Judiciário o “*tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses*” não somente mediante o processo judicial como, também, através da adoção dos métodos consensuais de resolução de disputas como a mediação, que constitui o foco do presente trabalho.¹³⁶

A aludida Resolução CNJ nº 125/2010 vislumbra, ainda, como consequência do uso da mediação, a redução da judicialização dos conflitos de interesses, redução da interposição dos recursos e da execução de sentenças. Referida Resolução institui, portanto, desde o seu texto original, a “*Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses*” que atribui aos órgãos judiciários a oferta aos cidadãos dos mecanismos consensuais de resolução de conflitos como a mediação, e não somente a solução adjudicada mediante sentença proveniente do processo judicial.¹³⁷

¹³⁵ Nesse mesmo sentido leia-se o Enunciado 161 aprovado na II Jornadas de Prevenção e solução extrajudicial de litígios do Conselho da Justiça Federal realizada em 2021: “O direito previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República não se esgota no acesso formal ao Poder Judiciário, compreendendo a existência de um sistema organizado e efetivo destinado à garantia de direitos, prevenção de conflitos e resolução pacífica das controvérsias.”

¹³⁶ Mencione-se, ainda, que a Resolução CNJ nº 70/2009 estabelece com objetivos estratégicos do Poder Judiciário a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social.

¹³⁷ “Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além 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”.

A partir desse conceito e, inspirado em experiências de outros países¹³⁸, difundiu-se por aqui a ideia do uso da mediação pré-processual¹³⁹ em programas no âmbito do Poder Judiciário e organizados pelo Conselho Nacional de Justiça mediante a implantação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC.¹⁴⁰

Tanto é assim, que ao tratar da mediação judicial, a Lei de Mediação prevê, em seu artigo 27¹⁴¹, que ao receber a petição inicial e confirmar que ela preenche os requisitos essenciais, o juiz designará audiência de mediação antes mesmo da resposta do réu. O Código de Processo Civil possui previsão semelhante em seu

¹³⁸ Nesse particular vale mencionar a experiência da Argentina, que adotou a mediação como método de resolução de disputas desde a década de 1990. No início a mediação foi implementada na cidade autônoma de Buenos Aires que, de acordo com a organização geopolítica do país, possui constituição e governos próprios, além de certa autonomia e, a depender da matéria, se sujeita ou não às leis nacionais. Nesse contexto a aplicação da mediação teve início na cidade de Buenos Aires com um Plano Piloto de Mediação (*Plan Nacional de Mediación*) para capacitação de mediadores e, posteriormente, a Lei nº 24.573/1995 estabeleceu práticas autocompositivas de conciliação e mediação prévias e obrigatórias à judicialização, o que foi denominado de mediação prejudicial (*mediación prejudicial*). A expectativa do programa era instituir um regime provisório em Buenos Aires, aplicando a mediação prévia a todos os processos cíveis de conhecimento, de forma experimental. No entanto, o que foi pensado para durar cinco anos como projeto piloto, restrito a uma província, acabou durando praticamente quinze anos e a experiência exitosa em Buenos Aires foi determinante para a propagação da mediação em toda a Argentina. Com a Lei nº 26.589/2010 (*Ley de Mediación y Conciliación*) a mediação e conciliação foram incorporadas ao Código de Processo Civil e Comercial, englobando todos os órgãos da justiça nacional e com validade em todas as províncias da Argentina. A partir daí, a lei federal ampliou o espectro de aplicação da mediação prévia ao processo judicial que passou, assim, a ter validade em todo território argentino. Cabe pontuar que, embora inserida no Código de Processo Civil e Comercial argentino, a mediação, por ser requisito prévio de admissibilidade ao ajuizamento de uma ação judicial, ela se desenvolve fora do ambiente do Poder Judiciário, estando vinculada ao Ministério da Justiça, Previdência e Direitos Humanos.

Vê-se, assim, que a experiência argentina é da mediação obrigatória prévia e prejudicial ao processo judicial, como verdadeira condição da ação. Com efeito, o artigo 1º da Lei argentina nº 26.589/2010 estipula que fica “*estabelecida em caráter obrigatório a mediação prévia a todo processo judicial*” e prossegue em seu artigo 2º afirmando que a mediação constitui requisito de admissão da demanda, devendo esta ser ajuizada acompanhada da ata expedida e assinada pelo mediador interveniente, como verdadeiro requisito da petição inicial. A exigência da demonstração do cumprimento do requisito da mediação prévia obrigatória (mediação prejudicial) é tamanha, que o artigo 27 da Lei nº 26.589/2010 preceitua que a ata da mediação sem acordo é o que habilita o requerente a ingressar com o processo judicial e deverá ser devidamente apresentada com a petição inicial.

¹³⁹ Ou melhor, a ideia da mediação antecedente aos métodos adjudicatórios de solução de conflitos como o processo judicial e a arbitragem.

¹⁴⁰ No Estado do Rio de Janeiro existem, atualmente, 44 (quarenta e quatro) CEJUSCs em atividade e sob a coordenação do NUPEMEC – Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://www.tjrj.jus.br/institucional/mediacao/cejusc/relacoes-dos-cejuscs>>. Acesso em: 04 out. 2024.

¹⁴¹ “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação”.

artigo 334 que prevê a realização de audiência de conciliação ou mediação, após o recebimento da petição inicial válida.^{142 143}

Cabe mencionar que o próprio artigo 334 do Código de Processo Civil estipula as hipóteses para não realização da referida audiência, quando ambas as partes manifestarem desinteresse na sua realização¹⁴⁴, devendo o autor indicar desde logo seu desinteresse na petição inicial e o réu em até 10 (dez) dias de antecedência da data designada para a audiência.^{145 146}

Vê-se, assim, que ambos os dispositivos preveem a realização de sessão de mediação logo no início do procedimento judicial e antes mesmo da resposta do réu, na clara intenção de promover a resolução do conflito ao início e evitar o desenrolar do processo judicial.

Nesse sentido, o art. 1º e parágrafo único da Resolução CNJ nº 125/2010 tiveram a sua redação alterada pela Resolução nº 326/2020 para passar a prever que os órgãos judiciários devem oferecer aos cidadãos os meios consensuais de resolução de conflitos como a mediação antes da via do processo judicial e respectiva solução adjudicada mediante sentença.¹⁴⁷

¹⁴² “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”.

¹⁴³ Muito embora haja a previsão no artigo 334 do Código de Processo Civil da realização da audiência de mediação ao início do processo, não se pode deixar de mencionar a previsão do §3º do artigo 3º do Código de Processo Civil, que incentiva o uso da conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos no curso do processo judicial e o inciso V do artigo 139 do Código de Processo Civil atribui ao juiz “*promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.*”

¹⁴⁴ A despeito da previsão legal, há controvérsia sobre a manifestação de ambas as partes para não realização da audiência, tanto é que o assunto é objeto do tema repetitivo nº 1271 do Superior Tribunal de Justiça sob a Relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti que aborda justamente “se a inobservância da audiência de conciliação ou mediação previstas no art. 334 do CPC. Quando apenas uma das partes manifesta desinteresse na composição consensual, implica nulidade do processo”.

¹⁴⁵ Vide §§4º e 5º do art. 334 do Código de Processo Civil.

¹⁴⁶ Confira-se, ainda, o Enunciado 29 da I Jornada de Prevenção e Solução de Litígios da Justiça Federal:

“Caso qualquer das partes comprove a realização da mediação ou conciliação antecedente à propositura da demanda, o magistrado poderá dispensar a audiência inicial de mediação ou conciliação, desde que tenha tratado da questão objeto da ação e tenha sido conduzida por mediador ou conciliador capacitado.”

¹⁴⁷ “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.

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”.

A diferença na redação é sutil, mas o texto original de 2010 apenas mencionava que os órgãos judiciários deveriam oferecer ao cidadão os mecanismos consensuais de resolução de disputas para além da solução adjudicada. As alterações introduzidas pela Resolução nº 326/2020 mencionam que a oferta dos métodos autocompositivos de resolução de conflitos deve ser feita antes da via do processo judicial, em clara demonstração de utilização da mediação prévia com vistas a solucionar o problema e, assim, evitar a instauração do processo.

Embora seja louvável a intenção de promover a solução consensual ao início do processo¹⁴⁸, a referida audiência instituída no artigo 334 do Código de Processo Civil tem sido alvo de críticas tanto por parte dos advogados quanto por parte dos juízes.

Por parte dos advogados as críticas repousam em aspectos como a percepção de que antes da resposta do réu há um desequilíbrio de informações, na medida em que o autor apresenta a petição inicial com os documentos a ela anexos e que constituem início de prova, enquanto o réu ainda não apresentou sua contestação com os respectivos documentos. E, por assim ser, o réu não deseja antecipar sua estratégia de defesa por ocasião da sessão de mediação. Há, aqui, um claro desbalanceamento de informações.

Acrescente-se, ainda, que nos moldes em que regulamentada no CPC¹⁴⁹ a dispensa da realização da audiência somente ocorre com a manifestação de desinteresse de todas as partes em ambos os polos, o que além de gerar um complicador em termos de litisconsórcio, ainda pode se transformar em estratégia de manobra do réu ante a previsão do art. 335, I, do CPC, de que o prazo de contestação somente se inicia após a realização da audiência de conciliação ou mediação. Diante dessa sistemática, mesmo não possuindo genuíno interesse na

¹⁴⁸ O que Kazuo Watanabe denomina de transição da “cultura da sentença” para a “cultura da pacificação”, sendo que a “cultura da sentença” ainda prevalece no Brasil, mas “é prioritária a busca da ‘pacificação das partes, ao invés da solução adjudicada do conflito’, reputando-se como ‘de relevante valor social’, considerada inclusive para efeito de promoção por merecimento a dedicada atuação do juiz” WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. pp. 684-690).

¹⁴⁹ §4º ao art. 334 do CPC:

“A audiência não será realizada:

I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II – quando não se admitir a autocomposição.”

composição amigável, afigura-se pouco provável que o réu vá dispensar a realização da audiência e antecipar o seu prazo de defesa.¹⁵⁰

Já por parte dos juízes a crítica tem por base a falta de estrutura e de profissionais mediadores qualificados para realização de tantas audiências dadas as proporções continentais do nosso país, sabendo que existem locais que nem mesmo os CEJUSCs já foram instalados¹⁵¹, fazendo com que aguardar a realização da audiência atrase o desenrolar do processo. Como se não bastasse, no processo judicial o prazo de 15 (quinze) dias úteis para resposta do réu somente se inicia após a audiência de mediação¹⁵² o que, na prática, tem se mostrado suscetível a expedientes protelatórios de se aguardar a realização da audiência para, somente após, ser deflagrado o prazo de resposta.

¹⁵⁰ Gustavo Osna chega a considerar improvável que algum réu vá manifestar desinteresse na realização da audiência de conciliação ou mediação e contribuir para a antecipação da deflagração do seu prazo de defesa. OSNA, Gustavo. “A audiência de conciliação ou de mediação” no novo CPC: seis (breves) questões para debate. Revista de Processo. Vol. 256/2016, pp. 349-370. Jun/2016, pp. 6-7.

¹⁵¹ Para se ter uma ideia e, tomando por base o Estado do Rio de Janeiro, que possui 92 municípios e 95 Comarcas, existem atualmente em operação apenas 42 CEJUSCs, de acordo com dados divulgados no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que são nas seguintes Comarcas: Comarca de Angra dos Reis – 8º Núcleo Regional; Comarca de Armação dos Búzios – 11º Núcleo Regional; Comarca de Barra Mansa – 5º Núcleo Regional; Comarca de Belford Roxo - 4º Núcleo Regional; Comarca de Cabo Frio – 11º Núcleo Regional; Comarca de Cachoeiras de Macacu – 9º Núcleo Regional; Comarca de Campos dos Goytacazes – 6º Núcleo Regional; Comarca da Capital – 1º Núcleo Regional; IV Juizado Especial Criminal da Comarca da Capital (Leblon) - 1º Núcleo Regional; CEJUSC da Justiça Restaurativa da Capital com atribuição de atos infracionais praticados na circunscrição territorial da Comarca da Capital, cuja atuação é reservada à Vara da Infância e Juventude - 1º Núcleo Regional; CEJUSC (virtual) Saúde Privada; CEJUSC (virtual) Superendividados, especializado em demandas de superendividamento; Comarca da Capital Regional de Bangu – 13º Núcleo Regional; Comarca da Capital Regional da Barra da Tijuca - 13º Núcleo Regional; Comarca da Capital Regional de Campo Grande - 13º Núcleo Regional; Comarca da Capital Regional da Ilha do Governador - 12º Núcleo Regional; Comarca da Capital Regional de Jacarepaguá - 13º Núcleo Regional; Comarca da Capital Regional de Leopoldina - 12º Núcleo Regional; Comarca da Capital Regional de Madureira - 12º Núcleo Regional; Comarca da Capital Regional do Méier - 12º Núcleo Regional; Comarca da Capital Regional da Pavuna - 12º Núcleo Regional; Comarca da Capital Regional de Santa Cruz - 13º Núcleo Regional; Comarca de Cordeiro/Macuco - 9º Núcleo Regional; Comarca de Duque de Caxias - 4º Núcleo Regional; Comarca de Itaboraí - 2º Núcleo Regional; Comarca de Itaguaí - 8º Núcleo Regional; Comarca de Itaperuna - 10º Núcleo Regional; Comarca de Japeri - 4º Núcleo Regional; Comarca de Macaé - 6º Núcleo Regional; Comarca de Niterói - 2º Núcleo Regional; Comarca de Niterói Regional da Região Oceânica - 2º Núcleo Regional; Comarca de Nova Friburgo - 9º Núcleo Regional; Comarca de Nova Iguaçu - 4º Núcleo Regional; Comarca de Petrópolis - 3º Núcleo Regional; Comarca de Petrópolis Regional de Itaipava - 3º Núcleo Regional; Comarca de Rio das Ostras - 11º Núcleo Regional; Comarca de São Gonçalo - 2º Núcleo Regional; Comarca de São João de Meriti - 4º Núcleo Regional; Comarca de Saquarema - 11º Núcleo Regional; Comarca de Três Rios - 3º Núcleo Regional; Comarca de Valença - 5º Núcleo Regional; Comarca de Vassouras - 3º Núcleo Regional; Comarca de Volta Redonda. Disponível em: <<https://www.tjrj.jus.br/institucional/mediacao/cejusc/relacoes-dos-cejuscs>>. Acesso em: 31 mar. 2025.

¹⁵² Art. 335, incisos I e II do Código de Processo Civil.

Assim é que, passados quase dez anos da entrada em vigor da Lei de Mediação e do Código Civil de 2015, a prática tem demonstrado que a audiência prevista no artigo 334 do Código de Processo Civil não tem surtido o efeito de resolver o conflito promovendo a composição entre as partes ao início do processo como se esperava.¹⁵³

Não se pode deixar de mencionar, ainda, a previsão do §4º do artigo 21 da Lei de Arbitragem que atribui aos árbitros a tentativa de conciliação das partes ao início do processo arbitral.¹⁵⁴ Analisando tal dispositivo Carmona sinaliza que embora não haja a indicação precisa do que a lei considera “início do procedimento”, a se reputar o momento da assinatura do termo de arbitragem, os árbitros ainda não possuem conhecimento suficiente sobre o litígio, pois é justamente no termo de arbitragem que as partes apresentam o resumo dos seus argumentos e seus pedidos. Prossegue sugerindo, então, que *“somente após a apresentação das alegações iniciais das partes é que os julgadores terão algum domínio sobre os fatos e os pedidos, o que os habilitará a levar adiante alguma iniciativa viável de composição do litígio.”*¹⁵⁵

Daí que, também no tocante à arbitragem, o momento inicial não tem sido considerado o melhor momento para tentativa de autocomposição e, ao que se saiba, não chega a ser ativamente praticada pelos árbitros.

Embora louvável por romperem com o modelo enraizado da cultura da sentença e por trazerem para o âmbito do Judiciário e da arbitragem a possibilidade de utilização dos métodos consensuais de resolução de disputas, tais previsões legislativas acabaram por difundir a ideia do uso da mediação prévia à instauração da disputa ou ao início da resolução adjudicatória via processo judicial ou processo arbitral.

Dessa forma, não sendo atingido acordo total entre as partes sobre as matérias objeto da controvérsia e uma vez instaurado processo judicial ou

¹⁵³ O Relatório Justiça em Números chega a afirmar que “mesmo com o Código de Processo Civil (CPC) que entrou em vigor em março de 2016 e tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, não se verifica resultado direto nos gráficos das séries históricas”, p. 253. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 04 jun. 2024.

¹⁵⁴ “§4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 da Lei”.

¹⁵⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 4ª ed. Barueri – São Paulo, Atlas, 2023, p. 309.

arbitral¹⁵⁶, a maior parte dos advogados e das partes seguem no caminho adversarial e não mais cogitam o uso da mediação.

2.2. Cláusulas escalonadas

A forma mais comum de interação entre a mediação e outros métodos de resolução de disputas, como o processo judicial e a arbitragem costuma se dar através do uso da mediação antes da instauração de tais mecanismos adjudicatórios de resolução de conflitos.¹⁵⁷

Isso significa que, utilizada a mediação sem que tenha sido possível encerrar o conflito, se passa para o método seguinte em uma forma sequencial e excludente de aplicação de cada um dos métodos.

O formato que se costuma aplicar, portanto, é o da utilização da mediação, processo judicial ou a arbitragem em momento distintos.

É o que ocorre com as estipulações contratuais que, no exercício da autonomia da vontade das partes, definem um determinado método de resolução de conflito ou sequenciamento de métodos a serem seguidos pelas partes na hipótese do surgimento de divergências sobre determinada relação contratual. Tais cláusulas costumam estar inseridas no bojo de um negócio jurídico mais amplo que versa sobre direitos disponíveis e preveem o tratamento que será dado ao conflito, caso surja em momento posterior ao da celebração do negócio.

Abra-se, aqui, um parêntese, para mencionar que a customização das cláusulas de resolução de conflitos, mormente as cláusulas compromissórias que preveem a resolução por arbitragem bem como as cláusulas escalonadas que adotam mais de um método sequencialmente, como negociação ou mediação previamente à arbitragem (ou ao processo judicial) deveriam receber maior atenção.

¹⁵⁶ Rememore-se, aqui, que tanto o processo judicial quanto o processo arbitral constituem métodos adjudicatórios que costumam ser utilizados quando já se atingiu algum dos níveis quatro a nove da escala Glasl do conflito.

¹⁵⁷ A bem da verdade, o uso de diferentes mecanismos de resolução de conflitos tal como ocorre na cláusula escalonada pode ser considerado como espécie de DSD – Design de Sistemas de Disputas, por nela se estipular o uso sequencial e excludente de diferentes métodos de resolução de conflitos. Nas palavras de Faleck:

“O DSD pode ser entendido como a organização deliberada e intencional de procedimentos ou mecanismos processuais, que interagem entre si, e, quando aplicáveis, de recursos materiais e humanos, para a construção de sistemas de prevenção, gerenciamento e resolução de disputas”. 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. 1.

No entanto, não é o que ocorre, tanto que são chamadas de “cláusulas da meia noite”. Isso porque, como estão inseridas no bojo de um contrato que tem como seu principal objeto a relação comercial entabulada, partes e advogados se preocupam com os termos e condições do negócio em si, o que é natural, e relegam para o final da negociação a definição da cláusula sobre resolução de conflitos, muito frequentemente já tarde da noite, daí o termo “cláusula da meia noite”.

No momento da celebração do contrato, que pode ser de compra e venda, M&A, representação comercial, franquia ou de outra natureza, as partes estão empenhadas em viabilizar a realização do negócio e vislumbram um futuro promissor da relação que esperam seja positiva, e não negativa. Daí não costumam se preocupar com a redação apurada da cláusula de resolução de disputas (que esperam não precise ser utilizada), o que pode acarretar redações truncadas de difícil compreensão¹⁵⁸. Sobre esse aspecto Joaquim de Paiva Muniz¹⁵⁹ afirma

Só que, na prática, a convenção arbitral é tida como cláusula da meia-noite. As partes cuidadosamente negociam o contrato, os advogados repassam os termos e condições na minúcia, mas com frequência a cláusula arbitral fica por último, redigida de madrugada, no último momento, frequentemente não merecendo a devida atenção. O resultado é que a cláusula arbitral muitas vezes contém erros e equívocos, que afetarão a sua operacionalização ou mesmo sua validade ou eficácia - fenômeno negativo conhecido como "cláusula arbitral patológica".

Fernanda Levy classifica as cláusulas como: (i) cláusula de cortesia, (ii) convenção de mediação privada e (iii) cláusula escalonada.¹⁶⁰

A cláusula de cortesia é a estipulação contratual na qual há previsão de “conversações amigáveis” e diretas entre as partes na busca da solução para a divergência, em demonstração da cooperação inerente à relação contratual na qual se inserem. Levy ensina, ainda, que deve se deixar claro na redação de tal cláusula que

¹⁵⁸ Tanto é assim que Joaquim de Paiva Muniz assevera que:

“Uma cláusula de arbitragem abre várias opções às partes. Com esse bônus, vem um ônus: ela deve ser muito bem pensada, para que a cláusula da meia-noite não dê pesadelos. Em caso de dúvidas, melhor elaborar uma cláusula simples, aplicando regras confiáveis, e delegar essas regras e aos árbitros a especificação do procedimento”. MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. *Guia politicamente incorreto da arbitragem brasileira: visão crítica de vinte anos de sucesso*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 50, p. 4, pp. 213-227, 2016.

¹⁵⁹ MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. *Cláusula Arbitral: A cláusula da meia-noite*. in FGV Blog de Arbitragem. Disponível em: <<https://www.fgvblogdearbitragem.com.br/post/cl%C3%A1usula-arbitral-a-cl%C3%A1usula-da-meia-noite>>. Acesso em: 30 mar. 2025.

¹⁶⁰ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 168-175.

(...) dialogar em cooperação não significa necessariamente que as partes devam empreender negociações com técnicas estruturadas, mas simplesmente estabelecer uma comunicação proveitosa, tendo em vista um possível entendimento sobre questões que facilitam ou mesmo possibilitam o bom cumprimento da prestação avençada pelas partes.¹⁶¹

Prossegue, ainda, Levy, alertando que a cláusula de cortesia difere

de estipulações que preveem deveres determinados de submeter o conflito a meios de soluções de controvérsias procedimentalmente estruturados, tanto no que se refere ao conteúdo da prestação – conversar amistosamente em prol de uma boa solução para a controvérsia é muito diferente de submeter a controvérsia à negociação, mediação e conciliação, por exemplo -, como quanto à possibilidade de que gerem efeitos obrigacionais específicos.¹⁶²

A convenção de mediação propriamente dita vai além da cláusula de cortesia, pois não se trata de dever genérico de promover conversações de modo amigável. Ela constitui previsão contratual estipulada pelas partes de se submeterem a um procedimento de mediação na tentativa de solução consensual do conflito. Tal estipulação, tal qual ocorre com a arbitragem, pode ocorrer no bojo de um contrato antes da configuração do conflito (cláusula de mediação) ou quando o conflito já estiver instaurado e, mesmo assim, as partes resolverem submetê-lo à solução via mediação (compromisso de mediação).¹⁶³

Até aqui, se abordou a cláusula de cortesia e a convenção de mediação na esteira da classificação apresentada por Fernanda Levy, cada qual prevendo, de forma contratual, um modo de solucionar o conflito, seja de forma mais ou menos estruturada.

No que diz respeito às cláusulas escalonadas, elas preveem o uso combinado e sucessivo de mais de uma modalidade de meios de resolução de conflitos, usualmente combinando meios consensuais com meios adjudicatórios.

É da essência das cláusulas escalonadas, portanto, a previsão da adoção de mecanismos diferentes e sequenciados de solução de conflitos, um passando a ser adotado após o outro, na hipótese de não solução total ou parcial do conflito.

¹⁶¹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 170.

¹⁶² *Ibid.*, p. 171.

¹⁶³ Não se pode olvidar que a mediação independe de estipulação contratual e pode ser iniciada a qualquer tempo e por qualquer uma das partes, que pode convidar a outra a participar do procedimento de mediação, a teor da regra do art. 21 da Lei de Mediação.

E, por assim ser, passou-se a adotar em contratos notadamente comerciais (como de franquia, representação comercial, distribuição, infraestrutura) a previsão de uso da mediação previamente ao processo judicial ou ao processo arbitral, no que se denomina de cláusula med-jud ou med-arb.

A cláusula escalonada ou cláusula med-arb ou cláusula sequencial estabelece como forma de solução da controvérsia, etapas que devem ser cumpridas até que se culmine em uma decisão final, caso não se tenha obtido a composição nas etapas anteriores. A cláusula sequencial pressupõe o cumprimento da etapa prévia para o avanço do procedimento arbitral.¹⁶⁴

De acordo com essa dinâmica, em não sendo resolvido o conflito pela mediação, adotar-se-á o processo judicial ou a arbitragem, em nítida demonstração do uso sequenciado de métodos de resolução de conflitos, sendo o primeiro consensual e o segundo adjudicatório.

Essa tem sido a interação mais usual entre mediação e arbitragem ou processo judicial, com a tentativa de solução do conflito através do método consensual em primeiro lugar, quando os ânimos das partes ainda permitem – e admitem – algum tipo de comunicação e, reconhecidamente, a mediação tem se mostrado eficaz.

Não sendo obtida a solução através do método consensual da mediação e agravado o grau do conflito, encerra-se a mediação e se passa para os métodos adjudicatórios seguintes como arbitragem ou processo judicial, reproduzindo os modelos de comportamento adversariais que visam a derrota do oponente tão bem descritos por Glasl.

Conforme será abordado nos tópicos seguintes, diferentemente do uso escalonado, ou seja, sequencial dos diferentes métodos de resolução de disputas, o que se analisa no presente trabalho é o uso combinado entre os métodos – *mixed modes* –, notadamente a mediação com a arbitragem e/ou processo judicial.

2.3. Conceito

O uso combinado dos métodos de resolução de disputas não chega a ser novidade e consiste na utilização de métodos autocompositivos como a negociação,

¹⁶⁴ PACHIKOSKI Rodrigues, Sílvia. *A Cláusula Escalonada*. pp. 285-305. in *Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira*. Caio Cesar Vieira Rocha, Luis Felipe Salomão (coord.). 2a ed. rev. e atua. São Paulo: Atlas, 2017.

conciliação ou mediação com métodos heterocompositivos, como arbitragem e processo judicial. Esse uso combinado entre métodos autocompositivos com métodos heterocompositivos tem sido denominado no exterior como *mixed modes*.¹⁶⁵

Uma das formas mais comuns se dá através do uso sequencial e excludente dos métodos, cada qual a seu tempo, normalmente iniciando por um método autocompositivo como a mediação, que caso não resolva a disputa é finalizada para, somente após, se dar início ao método seguinte, que costuma ser heterocompositivo, como arbitragem ou processo judicial.

São exemplos conhecidos as cláusulas med-arb ou med-jud que consistem em previsões contratuais que estipulam, de antemão, a utilização combinada, sucessiva e excludente de cada um dos métodos a seu tempo. Diversas podem ser as estipulações a respeito do método escolhido para resolução de disputas, tanto é que Humberto Dalla e Marcelo Mazzola entendem que

De um modo geral, as partes podem inserir num contrato convenções de mediação, arbitrais ou mesmo processuais, além das chamadas cláusulas híbridas ou escalonadas, nas quais duas ferramentas são, desde logo, escolhidas, em ordem sequencial.¹⁶⁶

Cabe ressaltar, no entanto, que a escolha pela arbitragem depende da manifestação de vontade das partes, na medida em que consiste em renunciar à jurisdição estatal e no compromisso em submeter a disputa à jurisdição privada que, dentre outras peculiaridades, não contempla grau recursal, consoante a Lei de Arbitragem.¹⁶⁷

Vê-se, portanto, que o uso combinado e sequencial dos métodos não chega a ser novidade, mas o uso paralelo e, até mesmo, concomitante entre métodos

¹⁶⁵ “The term ‘mixed mode’ refers to combinations of different dispute resolution processes (e.g., adjudicative processes, such as litigation and arbitration with non-adjudicative processes, such as conciliation or mediation”. *Introduction to the Series of Articles on the Mixed Mode Task Force – IMI International Mediation Institute*. Disponível em <<https://imimediation.org/2021/05/04/introduction-to-the-series-of-articles-on-the-mixed-mode-task-force/>>. Acesso em: 27 out. 2024.

¹⁶⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem: novos espaços de consenso no direito brasileiro e a justiça multiportas*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024, p. 311.

¹⁶⁷ Não por outra razão que a Lei de Arbitragem exige, em seu art. 4º, §2º, que: “Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

autocompositivos como a mediação, com métodos heterocompositivos como processo judicial ou arbitragem ainda é pouco explorado, como se fossem incompatíveis.

O conceito da Janela de Mediação advém dos estudos estrangeiros sobre como aprimorar a arbitragem internacional, considerada pelo meio empresarial como eficaz e apta a entregar solução passível de cumprimento em diversos países.¹⁶⁸

Diversos organismos internacionais como AAA – *American Arbitration Association*, ICC – *International Chamber of Commerce*, CEDR – *Centre for Effective Dispute Resolution*, CPR – *International Institute for Conflict Prevention & Resolution* e IMI - *International Mediation Institute* se debruçaram sobre aspectos da arbitragem e a possibilidade de o procedimento arbitral não precisar percorrer todo o seu caminho até o seu desfecho mediante a prolação da sentença, podendo ser transacionado no seu interregno.

Esses estudos se iniciaram com foco na arbitragem internacional e geraram relatórios (*reports*) e *guidelines* que são de grande valia também para a arbitragem doméstica, sobretudo em matéria comercial. Embora o foco inicial dos estudos tenha sido a arbitragem, por constituir método heterocompositivo com semelhanças ao processo judicial – a imposição da decisão às partes por um terceiro – consideramos que as conclusões sobre a interação com os mecanismos autocompositivos como a mediação também se aplicam ao processo judicial.

Uma dessas primeiras iniciativas foi do CEDR, que culminou no relatório final da *CEDR Commission on Settlement in International Arbitration* produzido em novembro de 2009 e partiu da premissa de que as partes querem ver seus problemas resolvidos de maneira eficiente e menos custosa, o que nem sempre é obtido através da arbitragem.

Por ser um método adversarial por excelência, a arbitragem reproduz a lógica do ganha-perde, da estrutura procedimental de alegações iniciais, resposta e réplica, de produção probatória, de realização de audiência muitas vezes com prova oral ou pericial, até chegar ao convencimento dos árbitros. Todas essas fases

¹⁶⁸ A Convenção de Nova York ratificada pelo Brasil em 07/06/2002 versa sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, o que impulsionou a segurança jurídica e eficácia das arbitragens internacionais

demandam custo financeiro e investimento de tempo das partes e dos advogados, sem falar nos árbitros.

Por outro lado, a mediação prévia à arbitragem, típica das cláusulas escalonadas (med-arb), nem sempre consegue solucionar a controvérsia naquele momento inicial por uma série de fatores que serão objeto de abordagem nos capítulos subsequentes.

Com essa linha de raciocínio, vislumbraram uma combinação entre os métodos adjudicatórios/heterocompositivos como a arbitragem e os métodos consensuais/autocompositivos como a mediação, que não precisam ser sucessivos nem excludentes, como ocorre com as cláusulas escalonadas. A partir daí passou-se a cogitar o uso da mediação no decorrer de um procedimento arbitral já instaurado.

O referido relatório do CEDR define, então, janela de mediação como “*um período de tempo durante uma arbitragem que é reservado para que a mediação possa ocorrer e durante o qual não há nenhuma outra atividade processual*”.¹⁶⁹

Cabe mencionar que o conceito desenvolvido pelo CEDR parte de certas práticas internacionais de alguns árbitros conduzirem, eles mesmos, a mediação.¹⁷⁰ Levando em consideração tal peculiaridade, faz sentido a arbitragem ser suspensa por um certo período em que o próprio árbitro estaria imbuído em conduzir a mediação. Além disso, há quem defenda ser salutar suspender a arbitragem para que as partes não sejam surpreendidas com eventuais decisões em paralelo à mediação e para que não fiquem impregnadas por suas posições e posturas adversariais formalizadas nas petições do procedimento arbitral, reproduzindo esse comportamento na mediação.

Independente da suspensão (ou não) da arbitragem como indicado pelo CEDR, a inovação do conceito consiste na utilização de um método autocompositivo – a mediação - em meio a um método heterocompositivo já em curso – a arbitragem, sem que os métodos precisem ser sucessivos nem excludentes, no sentido de somente após a finalização de um deles o outro ter início.

¹⁶⁹ “*‘Mediation Window’ means a period of time during an arbitration that is set aside so that mediation can take place and during which there is no other procedural activity.*” CEDR – Centre for Effective Dispute Resolution “*Commission on Settlement in International Arbitration Report*”, p. 14. Disponível em: <<https://www.cedr.com/wp-content/uploads/2021/04/Arbitration-Commission-Document-April-2021.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2024.

¹⁷⁰ Adiante-se que, no Brasil, tal prática não é permitida a teor do artigo 7º da Lei de Mediação.

Edna Sussman, árbitra e mediadora americana, define janela de mediação como sendo um momento durante o procedimento arbitral em que as partes avaliam se seria útil conduzir uma mediação em paralelo à arbitragem, sem atrapalhar o calendário arbitral.¹⁷¹ Ela distingue a aplicação da Janela de Mediação quando o próprio árbitro é o mediador de quando o mediador é um profissional diferente do árbitro. Na primeira situação pode (praticamente deve) haver a suspensão do procedimento arbitral por um prazo determinado sem que haja atividade processual arbitral para condução da mediação. Já na segunda hipótese, a mediação é conduzida em paralelo à arbitragem, sem que esta última precise ser suspensa, sugerindo-se a elaboração de um cronograma para que a mediação não se prolongue indefinidamente e venha a atrapalhar o procedimento arbitral.

Literalmente advinda da expressão em inglês “*mediation window*” a janela de mediação é tida, portanto, como uma oportunidade que se abre em meio ao processo arbitral para se cogitar o uso da mediação mesmo já havendo um método adversarial em curso e sem que este tenha finalizado. Somos da opinião de que o uso incidental da mediação em meio a um método adversarial de resolução de disputas já em curso, com ou sem a sua suspensão, também se aplica ao processo judicial.

A janela de mediação pode, portanto, ser entendida tanto como o momento durante o processo arbitral em que em que as partes avaliam a pertinência do uso da mediação incidentalmente à arbitragem quanto como a instauração da mediação propriamente dita no decorrer do procedimento arbitral, de forma incidental e paralela, com ou sem a suspensão da arbitragem.¹⁷²

¹⁷¹ SUSSMAN, Edna. “*The Mediation Window: An Arbitration Process Measure to Facilitate Settlement*”. *New York Dispute Resolution Lawyer, a publication of the Dispute Resolution Section of the New York State Bar Association*, vol. 13, nº 01, 2020, p. 20.

¹⁷² Durante o IV Congresso Internacional de Mediação Empresarial do GEMEP – Grupo de Estudos em Mediação Empresarial do CBAr – Comitê Brasileiro de Arbitragem, Edna Sussman explicitou o conceito de Janela de Mediação da seguinte forma, no original em inglês:

“So, what is it? What is the Mediation Window? There are different ways to structure it, so one way – and the way I usually do it, - is to say: “It is a time in the arbitration when you are obligated to talk about whether it makes sense to mediate”. I generally do not suggest they have to mediate, but it is an opportunity to talk about whether they should mediate, since nobody wants to be the one to raise the subject. This builds the schedule. It can be set up as a break in the arbitration, a pause, where people have a chance to think it through and perhaps even have the mediation; or it could be as I said, just discuss the possibility. It just proceeds simultaneously”. *Trabalhos do IV Congresso Internacional de Mediação Empresarial – GEMEP | CBAr. “5 Anos da Lei de Mediação: para onde vamos?”* Organizadores: Bruna Teixeira Macedo, Debora Visconte, Lucas de Medeiros Diniz e Vera Cecília Monteiro de Barros. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2022, pp. 35-36.

Diferencia-se da cláusula escalonada pelo fato de não precisar encerrar um método para início do outro, podendo serem utilizados métodos de resolução de disputas de forma paralela e concomitante, normalmente já estando em curso um método heterocompositivo como a arbitragem ou o processo judicial, relativamente ao qual se inicia um segundo método, agora autocompositivo, como a mediação, com ou sem a suspensão do primeiro.

Assim é que, embora a mediação seja um método autocompositivo de resolução de disputas por si só apto a resolver o conflito previamente à arbitragem ou ao processo judicial com evidentes bons resultados, cada vez mais tem sido considerada como mecanismo de gerenciamento de métodos heterocompositivos já em curso, sendo utilizada de forma combinada e incidental à arbitragem e, por que não, ao processo judicial.

Por isso que o conceito de janela de mediação vem ganhando força, como mecanismo hábil a ajudar as partes a alcançarem uma solução consensual que pode versar sobre toda ou parte da disputa mesmo já havendo um método adjudicatório em curso.

2.4. Tratamento Legal

A mediação pode transcorrer perante alguma instituição como Câmara ou Centro de resolução de disputas que usualmente prestam serviços de mediação e de arbitragem ou de forma particular, que se denomina mediação *ad hoc*.

A rigor, a mediação como forma de resolução de disputa não precisa estar prevista em cláusula contratual e “*o convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião*”.¹⁷³

Isso significa que uma parte pode convidar a outra para participar de uma mediação mesmo sem estipulação contratual prévia entre elas, o que, nesse caso, dependerá do aceite da parte convidada, haja vista a mediação ser voluntária.¹⁷⁴

¹⁷³ Vide art. 21 da Lei de Mediação.

¹⁷⁴ A mediação extrajudicial é voluntária, a teor do §2º do art. 2º da Lei de Mediação, este último com o seguinte teor: “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”. Mesmo em se tratando da mediação judicial, a obrigatoriedade deve ser entendida como a de participar de uma primeira sessão de mediação, mas não de permanecer em mediação, que depende da vontade das partes.

Participar e permanecer em mediação requer consentimento e autonomia da vontade, podendo qualquer das partes solicitar o encerramento do procedimento a qualquer tempo.¹⁷⁵

Consideradas tais características, a instauração da mediação em meio a um processo judicial em curso poderia causar certa estranheza, pelo fato de a primeira consistir em método extrajudicial e autocompositivo de resolução de conflitos, pautado, ainda, pelos princípios da oralidade e informalidade, enquanto o processo judicial é método heterocompositivo e estatal de resolução de disputas sabidamente formal.

No entanto, a aparente incompatibilidade entre os métodos não existe, não sendo realidade. Muito pelo contrário, o ano de 2015 representou verdadeira consolidação da convivência entre os métodos extrajudiciais – ADRs – como arbitragem e mediação com o processo judicial. Mais do que convivência, poder-se-ia dizer que o ano de 2015 tem como marco, além da promulgação da Lei de Mediação e a reforma da Lei de Arbitragem, a positivação, no Código de Processo Civil, da arbitragem e da mediação como métodos de resolução de conflitos.

Realmente, o Código de Processo Civil de 2015 contém todo um arcabouço normativo de incentivo aos métodos consensuais de resolução de conflitos mesmo já estando instaurado o processo judicial. Isso significa que a escolha pelo Poder Judiciário através do processo judicial não é um caminho sem volta, podendo ser encurtado (ou bifurcado) mediante o uso da mediação, seja ela judicial ou extrajudicial.¹⁷⁶

Os incentivos judiciais previstos no Código de Processo Civil para utilização da mediação no curso do processo judicial constam logo ao início, no artigo 3º:

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.

¹⁷⁵ Vide art. 20 da Lei de Mediação.

¹⁷⁶ É sabido que a mediação pode ser extrajudicial ou judicial e o uso da Janela de Mediação no processo judicial pode ser dar em ambas as modalidades, mas o foco do presente estudo é na mediação extrajudicial combinada com o processo judicial.

A lei processual não deixa dúvidas de que a mediação não é apenas permitida como, também, estimulada de ser aplicada mesmo durante o processo judicial já em curso. Analisando o papel de incentivo do juiz ao uso da mediação, Tricia Navarro¹⁷⁷ assevera

Assim há uma indicação clara do legislador no sentido de que o juiz, mesmos após o processo judicial, deverá priorizar a solução consensual das controvérsias, estimulando as partes ao uso de métodos autocompositivos, como é o caso da mediação.

Registre-se que esse fomento à solução consensual deve ocorrer não só em primeiro grau de jurisdição, mas também no âmbito dos tribunais, inclusive perante as Cortes Superiores. Não por outra razão os Tribunais de Justiça. Os Tribunais Regionais Federais, o Tribunal Superior do Trabalho, o Superior Tribunal de Justiça e o próprio Supremo Tribunal Federal criaram centros de mediação e conciliação para a promoção de soluções consensuais nas causas a eles submetidas. Dessa forma, o incentivo ao uso de meios autocompositivos como a mediação constitui um dever do juiz, na busca de um tratamento adequado dos conflitos.

É o que se depreende da redação expressa do artigo 139, V, do Código de Processo Civil que, dada a relevância, incumbe destacar

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

(...)

V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.

Além de atribuir ao juiz a incumbência de promover a autocomposição em meio ao processo judicial já instaurado¹⁷⁸, o dispositivo acima transcrito explicita que tal incentivo pode (leia-se, deve) se dar a qualquer tempo, o que significa dizer, aplicável a qualquer grau de jurisdição.

Tanto é assim, que o Enunciado 164 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal autoriza o “acesso à mediação ou a outras soluções consensuais em tribunais superiores”.¹⁷⁹

¹⁷⁷ NAVARRO, Tricia. Papéis dos Atores na Mediação: Juiz, in CURY, Cesar; MUNIZ, Daniela (coords.). *Manual de justiça multipartas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024, p. 298.

¹⁷⁸ Enunciado 16 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal:

“O magistrado pode, a qualquer momento do processo judicial, convidar as partes para tentativa de composição da lide pela mediação extrajudicial, quando entender que o conflito será adequadamente solucionado por essa forma”.

¹⁷⁹ **Enunciado 164** da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal:

“As partes poderão ter acesso à mediação ou a outras soluções consensuais em tribunais superiores. Justificativa: Diante do resultado favorável do incentivo ao diálogo, a mediação poderá viabilizar o acesso à justiça substancial na instância superior e, por conseguinte, como política judiciária, desafogar a distribuição de processos aos gabinetes perante o Superior Tribunal de Justiça, o qual

Ora, a partir do momento em que o acesso aos tribunais superiores se dá, salvo as ações de competência originária, em sua grande maioria, a nível recursal, fica evidente a autorização para uso da mediação no curso do processo judicial e mais, mesmo quando já houver decisão de primeira instância, posto que a nível recursal.¹⁸⁰

E não apenas a nível recursal em segunda instância nos tribunais estaduais ou nos tribunais superiores é admitido o uso incidental da mediação como, também, é permitido o seu uso quando já há decisão judicial transitada em julgado¹⁸¹ bem como na fase de cumprimento de sentença.¹⁸²

Diante desse regramento inserto no Código de Processo Civil de 2015 não há dúvidas de que a mediação pode – e deve – ser utilizada mesmo já havendo processo judicial instaurado, o que evidencia que a opção pelo método adversarial estatal não constitui um caminho sem volta.

promoverá, pelo seu centro de resolução consensual, devidamente estruturado, o efetivo exame de feitos individuais, até a aprovação da questão de relevância do recurso especial. Com o incentivo interno da mediação, o Superior Tribunal de Justiça estará, dessa forma, contribuindo com a aproximação do jurisdicionado aos direitos fundamentais, e cumprindo, de fato, os precedentes contidos nos arts. 3º, 165 e 190 do CPC”.

Enunciado 175 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal:

“As técnicas de autocomposição são compatíveis com o exercício da jurisdição constitucional, inclusive na fase pré-processual, podendo ser aplicadas em ações de competência da Suprema Corte”.

¹⁸⁰ O Superior Tribunal de Justiça - STJ instituiu o Centro Judiciário de Solução de Conflitos (Cejusc/STJ) através da Resolução STJ/GP 14/2024, como unidade responsável pelas conciliações, mediações processuais ou outras formas adequadas de solução de conflitos no âmbito do tribunal. O Cejusc STJ é composto por três câmaras, sendo uma de direito público, de direito privado e de direito penal. Disponível em:

<<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/04072024-STJ-cria-Centro-Judiciario-de-Solucao-de-Conflitos-.aspx>>. Acesso em: 31 mar. 2025.

O Supremo Tribunal Federal – STF, a seu turno, instituiu o NUSOL – Núcleo de Solução Consensual de Conflitos que visa apoiar os gabinetes dos ministros na implementação de soluções consensuais de conflitos processuais e pré-processuais. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=apresentacao>>. Acesso em: 31 mar. 2025.

¹⁸¹ **Enunciado 168** da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal:

“A preexistência de decisão judicial transitada em julgado não impede a conciliação ou mediação entre os mesmos interessados”.

¹⁸² **Enunciado 165** da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal:

“Cumprimentos de sentença inadimplidos podem ser, no todo ou em parte, submetidos aos meios de autocomposição disponíveis.

Justificativa: Tratando-se de direito disponível, a autocomposição deve ser estimulada inclusive na fase de execução e cumprimento”.

Mas não é apenas a mediação que foi encampada pelo Código de Processo Civil de 2015; também a opção pela arbitragem foi expressamente admitida sem implicar em violação à inafastabilidade da jurisdição.¹⁸³

Tanto a mediação quanto a arbitragem são procedimentos regidos pela autonomia da vontade das partes, sendo que a arbitragem exige maior rigor formal por consistir na opção das partes de afastar a jurisdição estatal e atribuir a um ou mais terceiros a função jurisdicional de proferir a decisão que lhes será imposta. Já a mediação consiste em procedimento flexível, informal e oral, de facilitação do diálogo e da negociação, sem a imposição da decisão por um terceiro às partes.

Mesmo com tais diferenças, ambos são métodos extrajudiciais de resolução de disputas, sendo a arbitragem, como visto, método heterocompositivo ou adjudicatório e a mediação método autocompositivo ou consensual.

No entanto, a diferença de natureza entre os métodos não impede o seu uso combinado de forma incidental, sendo que a própria Lei de Mediação prevê a interação da mediação com a arbitragem e o processo judicial.¹⁸⁴

Vê-se, assim, que não há óbice à utilização da mediação incidentalmente à uma arbitragem ou a um processo judicial já em curso, não constituindo caminho sem volta por ter sido deflagrado um método adversarial de resolução de conflito, seja estatal ou privado.

Por fim, cabe registrar que, além dos métodos adequados de resolução de conflitos como arbitragem e mediação se coadunarem com o Código de Processo Civil, eles passaram a constar de diversas leis como: (i) a Lei n° 14.133/2021 (nova Lei de Licitações) que autoriza a utilização dos “*meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação e o comitê de resolução de disputas e a arbitragem*” em controvérsias relacionadas a “*direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, inadimplemento de obrigações contratuais e cálculo de indenizações*” (art. 151), sendo permitido, ainda, o

¹⁸³ Vide art. 3º, §1º do Código de Processo Civil.

¹⁸⁴ “Art. 16. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

§1º É irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes.

§2º A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro”.

aditamento dos contratos antigos e em vigor para que passem a adotar os meios alternativos de resolução de conflitos; (ii) a Lei n° 13.867/2019 que altera o Decreto-Lei n° 3.365/1941, para possibilitar a opção pela mediação ou arbitragem para a definição dos valores de indenização das desapropriações por utilidade pública e (iii) a Lei n° 14.112/2020 que introduziu alterações na Lei n° 11.101/2005 de recuperação judicial e falência, para permitir a mediação e conciliação antecedente ou incidental à recuperação judicial exceto sobre natureza jurídica, classificação de créditos e critérios de votação em assembleia geral de credores, devendo ser aplicadas, inclusive, em qualquer grau de jurisdição no âmbito dos recursos em segundo grau de jurisdição e nos Tribunais Superiores.

3. Por que usar a Janela de Mediação

Até pouco tempo atrás praticamente não se ouvia falar sobre janela de mediação, ao menos no Brasil e, até hoje, não se tem conhecimento de muitos estudos nacionais escritos sobre o assunto.

No entanto, ultimamente o tema tem despertado o interesse dos profissionais de resolução de disputas e tem sido bastante discutido em congressos, seminários, *task-forces* e grupos de estudo de instituições dedicadas aos métodos de resolução de conflitos, representando uma verdadeira interseção entre os métodos adversariais e consensuais.

Uma das primeiras ocasiões em que eu, particularmente, tive contato com o tema foi durante o IV Congresso Internacional de Mediação Empresarial promovido de forma *online* pelo GEMEP – Grupo de Estudos em Mediação Empresarial do CBAr – Comitê Brasileiro de Arbitragem no ano de 2021, no qual fui convidada a moderar um painel justamente intitulado “*The Mediation Window*”. O aludido painel contou com a participação da expoente sobre a matéria, Edna Sussman, além de Diego Faleck e César Rossi Machado que trouxeram valiosas reflexões sobre o assunto.

Mais recentemente, Edna Sussman esteve presencialmente no Brasil, em outubro de 2024, durante o XI Congresso de Arbitragem da CAM-CCBC – Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil – Canadá. Na ocasião Sussman promoveu verdadeira pesquisa interativa com a plateia mediante o auxílio de ferramentas tecnológicas que lhe permitiram projetar perguntas e obter respostas em tempo real.¹⁸⁵

Muitas das perguntas conduzidas por Sussman abordaram a janela de mediação e o papel dos árbitros no incentivo à eventual composição amigável em meio ao processo arbitral. Ao perguntar se os árbitros sugerem janela de mediação ao início do procedimento arbitral a resposta obtida foi 31% “sim” e 69% “não”. Da mesma forma, Sussman indagou se eram tomadas iniciativas para além da menção à conciliação prevista no artigo 21, §4º da Lei de Arbitragem e a resposta foi de 38% “sim” e 62% “não”.

¹⁸⁵ Cada vez mais as ferramentas tecnológicas têm sido utilizadas em aulas e eventos por proporcionarem a possibilidade de perguntas, respostas e análises numéricas em tempo real. Uma dessas ferramentas e que foi utilizada por Edna Sussman durante a sua apresentação intitulada “*The Evolution of the Arbitrator’s Role*” no XI Congresso de Arbitragem da CAM-CCBC foi o *mentimeter.com* (www.mentimeter.com).

Mas, sabendo que a mediação é, essencialmente, método de resolução de conflitos orientado pelos princípios da autonomia da vontade, informalidade, oralidade, não precisa sequer estar prevista em cláusula contratual e pode ser instaurada a qualquer momento do processo judicial ou da arbitragem¹⁸⁶ e, ainda, pode resultar em solução mais célere, menos custosa e, principalmente, mais adequada e que atenda aos interesses das partes, porque, salvo raras exceções, não se vê, na prática, a mediação sendo (mais) utilizada em meio ao processo judicial ou à arbitragem?¹⁸⁷

Pois bem, vimos no capítulo 1.1 que nem toda divergência é conflito. Muito pelo contrário, quando surge uma divergência será a maneira de lidar com ela e os comportamentos correlatos que irão determinar se ela irá se tornar um conflito ou não.

Também já foi mencionado que tais comportamentos foram analisados e agrupados por Friedrich Glasl no que se denomina “escala Glasl do conflito”, sendo o primeiro nível o mais brando e o último nível o mais intenso. Saber identificar o momento, ou melhor, o grau de intensidade do conflito pode ajudar na escolha do método de resolução adequado a ser aplicado em cada etapa. Cabe, então recapitular brevemente os nove níveis da escala Glasl que são agrupados em três grandes blocos, a saber:

- I. Primeiro bloco – denominado “ganha-ganha”: composto pelos três primeiros níveis denominados “endurecimento”, “debate e polêmica” e “ações em vez de palavras”, no qual as partes envolvidas conseguem resolver o conflito por si mesmas, mediante

¹⁸⁶ Vide artigos 16 e 21 da Lei de Mediação e art. 166 do Código de Processo Civil.

¹⁸⁷ Cabe trazer, aqui, pesquisa denominada “Mediação em Números: 10 anos – 2012 a 2022” que traça verdadeiro panorama da mediação extrajudicial entre os anos de 2012 a 2022 e apresenta as seguintes conclusões:

- (i) As matérias mais abordadas em mediação são contratos empresariais, demandas societárias, construção civil e energia;
- (ii) Menos da metade dos casos levados à mediação decorreram de estipulação contratual;
- (iii) O tempo médio de duração do procedimento de mediação é bastante variável e dependo da complexidade do caso, podendo variar de 1 a 387 dias;
- (iv) O percentual de acordos obtidos é na faixa de 30% a 52%;
- (v) Os valores envolvidos nas disputas submetidas à mediação oscilaram de 120 mil reais a 461 milhões de reais;
- (vi) A maioria das Câmaras já administrou mediações envolvendo o Poder Público como parte;
- (vii) Diversas mediações envolveram multipartes;
- (viii) Normalmente há consenso na escolha dos mediadores.

alternância entre competição e colaboração, mas com foco em resolver o problema;

- II. Segundo bloco – denominado “ganha-perde”: composto pelos níveis quatro, cinco e seis denominados “imagens e coalizões”, “perder a cara” e “estratégia de ameaça”, no qual as partes perdem o foco do problema, já não se reconhecem mais uma à outra e deixam se afetar a partir das percepções pessoais equivocadas e não no problema propriamente dito, contribuindo para que o conflito cresça. Nesses níveis o conflito passa a ser sobre o oponente e a necessidade de vencer e nem tanto sobre o que o motivou;
- III. Terceiro bloco - denominado “perde-perde”: composto pelos níveis sete, oito e nove denominados “ataques destrutivos limitados”, “desunião do inimigo” e “juntos para o abismo” no qual a situação de conflito já está em um ponto que todos perderão, de uma forma ou de outra, e os envolvidos já se afastaram e esqueceram o que era importante para eles, apenas importando vencer e derrotar o oponente, ainda que custe a própria derrota.

Como no primeiro bloco a comunicação entre as partes ainda é possível, embora já se note algum comprometimento na sua qualidade, os métodos consensuais como negociação, conciliação e a mediação ainda surtem efeitos e devem ser aplicados. Nesse estágio entende-se desnecessário instaurar um método heterocompositivo como o processo judicial ou a arbitragem, quando ainda se tem a possibilidade da resolução direta entre as partes ou, quando muito, com auxílio de um terceiro em um método consensual. Nesse contexto, iniciar desde logo algum dos mecanismos adjudicatórios pode vir, até mesmo, a piorar o conflito antecipando uma escalada ainda não havida.

A partir do segundo bloco que se inicia no nível quatro, as dificuldades aumentam, pois a comunicação direta entre as partes fica ofuscada pelas percepções de uma sobre a outra que passam a se sobrepor ao motivo da divergência inicial. A disputa passa, agora, a ser pessoal e não sobre o objeto originário. O foco em

desqualificar o oponente ganha força através de ações e ameaças, o que se intensifica nos demais níveis cinco e seis desse mesmo bloco.

Embora a mediação tenha o potencial de produzir efeitos positivos em qualquer nível da escala, dos mais incipientes até os mais destrutivos, o impacto que ela pode produzir no nível quatro denominado “imagens e coalisões” que se insere dentro do bloco “ganha-perde” é especialmente eficaz, por ainda permitir o retorno ao bloco “ganha-ganha” e evitar a migração para o bloco dos comportamentos totalmente destrutivos (dos níveis sete a nove) podendo ainda, quem sabe, ajudar a restaurar a relação inicial.

No entanto, é sabido que nem sempre as partes estão abertas a sugestões de autocomposição, principalmente quando se encontram nos estágios dos níveis quatro a nove, de visões deturpadas de parte a parte, personificação do problema, desqualificação dos oponentes, distanciamento do motivo original da divergência e necessidade de reação às ameaças como preservação da honra. Quando se atinge esses estágios do conflito, o objetivo (e necessidade) de vencer o oponente já não corresponde ao objeto que motivou a disputa e se transforma em um objetivo em si mesmo. Nesses níveis o ritmo de degradação é mais acelerado, sendo praticamente impossível evitar a transição de um nível para outro (entre os níveis quatro, cinco e seis do segundo bloco) até chegar ao último bloco que compreende o grau máximo de escalada do conflito (dos níveis sete a nove).

Diante de tais comportamentos em que as pessoas não se reconhecem mais, não acreditam mais no caráter do outro, desqualificam umas às outras e priorizam a vitória/vingança ao problema original, instaurar um método heterocompositivo como o processo judicial ou a arbitragem pode ajudar a apaziguar os ânimos (ou, ao menos, evitar uma escalada ainda maior), na medida em que entrega ao terceiro neutro e imparcial a função de julgar e dizer quem está certo: o que normalmente é atrelado ao sentimento de justiça .

Tal sentimento também persiste nos níveis sete, oito e nove que compõem o terceiro e último bloco, o dos comportamentos mais destrutivos de todos. Nesses níveis o que se quer é levar a disputa até o final para aguardar a decisão do julgador – árbitro ou juiz – na qual é depositada a expectativa de “descobrir a verdade”, “desmascarar o oponente” e “fazer justiça” ao declarar o vencedor, nem que isso seja penoso para si próprio.

O fato de o problema estar entregue à análise de um método adjudicatório com força de impor a decisão à parte perdedora acaba por produzir o efeito apaziguador no sentido de evitar comportamentos acirrados fora dos processos. Mas dentro deles, seja arbitragem ou processo judicial, o ambiente é de “vale tudo”, com as partes se utilizando de todos os artifícios procedimentais possíveis, nem que isso custe tempo e dinheiro.

No tocante a esse aspecto Diego Faleck chega a afirmar que “*o ensino jurídico, o temperamento, o senso de dever e as expectativas criadas pelos clientes levam os advogados a fazer todo o possível a manejar qualquer recurso para perseverar em suas teses*”.¹⁸⁸

No Brasil, Diego Faleck foi um dos pioneiros a suscitar o tema da janela de mediação tomando por base o conceito apresentado por Edna Sussman, de constituir um momento durante o processo arbitral em que as partes param para analisar a conveniência de utilizar a mediação.^{189 190}

Faleck analisa o *mindset* que permeia tanto o processo arbitral quanto o processo judicial, onde “*há uma expectativa tácita, uma espécie de regra de ouro de que os advogados das partes em disputa têm a responsabilidade e o dever de apresentar todo e qualquer argumento, fazer toda e qualquer prova, inventar toda e qualquer tese para concretizar a vantagem máxima para o seu cliente*”.^{191 192}

De acordo com a análise de Faleck que, aliás, se coaduna bastante com a escala do conflito desenvolvida por Glasl, a lógica adversarial existente tanto na arbitragem quanto no processo judicial acarreta “*distorções que minam a confiança entre as partes, deterioram o relacionamento e dificultam a comunicação entre elas*”. Com base nessa lógica Faleck afirma que

As questões emocionais, que já desafiavam as partes, ganham combustível. As chamadas ‘barreiras cognitivas’ impedem que as partes consigam se livrar do comprometimento com a estratégia contenciosa e mantêm partes em disputas subótimas e ineficientes, prolongando os custos emocionais e financeiros, e causando perdas de oportunidades. O sistema adversarial, aliado às barreiras

¹⁸⁸ FALECK, Diego; SANTOS, Luiz Ricardo de Oliveira. *A Janela de Mediação* in “Estudos sobre a evolução da arbitragem e da mediação no Brasil”. Editora SESI-SP, 1ª ed. São Paulo: 2021, p. 365.

¹⁸⁹ Ibid, pp. 362-390.

¹⁹⁰ Embora o conceito tenha se desenvolvido com base no âmbito arbitral, entendemos que ele pode ser perfeitamente aplicado no âmbito judicial.

¹⁹¹ FALECK, Diego; SANTOS, Luiz Ricardo de Oliveira. Op.cit., p. 365.

¹⁹² Cabe mencionar que embora arbitragem seja reputada inserida nos mecanismos ADR de resolução de disputas, os *Alternative Dispute Resolution*, por consistir em método extrajudicial, ela constitui método heterocompositivo e reproduz a lógica adversarial do ganhador e perdedor.

cognitivas, resulta em uma verdadeira armadilha, que aprisiona as partes desnecessariamente em conflitos.¹⁹³

Nesse contexto, quando já instaurado o processo judicial ou a arbitragem e o conflito já se encontra nos mais altos níveis de intensidade, é esperado que se trilhe o caminho do processo adversarial até o seu final, na busca da obtenção da decisão que declarará o vencedor.

A busca pela decisão final acaba por substituir, ou melhor, por representar o objetivo em si mesmo (que se lembre, já se distanciou faz tempo do objeto que motivou a disputa), na medida em que se acredita que sair vencedor do processo judicial ou da arbitragem, com a decisão final sendo imposta ao perdedor, equivale à realização de justiça.

Nesse particular os profissionais de resolução de disputas não de concordar que, para se atingir a decisão da disputa pela via do processo judicial ou da arbitragem se requer certa dose de paciência para percorrer o tempo do procedimento que, na arbitragem é, em média de dois anos e, no processo judicial, em média de 4 anos e três meses.¹⁹⁴ Isso sem falar da incerteza do resultado final.

Por mais que se faça um estudo pormenorizado dos documentos, contratos, notificações, mensagens eletrônicas trocadas entre as partes (*whatsapp* ou *e-mails*) dos precedentes sobre o assunto e dos valores envolvidos, em verdadeira análise de risco, sempre há uma margem de incerteza sobre o resultado, ao qual está delegado ao terceiro: juiz ou árbitro(s).

Mesmo diante de tais fatores, a prática demonstra que, a partir do momento em que o conflito é entregue ao processo judicial ou à arbitragem há a tendência de se percorrer todos os percalços inerentes ao método adversarial na busca pela decisão que irá escolher o vencedor e o perdedor, como se fosse um caminho sem volta (ou sem interseções).

No ano de 2020 a *Task Force* de mediação da Comissão de Arbitragem e ADR da ICC Brasil – Câmara de Comércio Internacional, da qual tive a oportunidade de participar como *co-chair* ao lado de Diego Faleck, entrevistou 50 (cinquenta) advogados atuantes em escritórios de advocacia e jurídicos de empresas na área de resolução de disputas sobre a escolha dos métodos de resolução de

¹⁹³ FALECK, Diego; SANTOS, Luiz Ricardo de Oliveira. Op.cit., pp. 365-366.

¹⁹⁴ Conforme pesquisa “Arbitragem em Números de 2024 (dados de 2022 e 2023)” e Relatório CNJ Justiça em Números 2024.

disputas e a possibilidade do uso combinado de métodos ao longo do caminho, como a mediação em meio à arbitragem ou ao processo judicial.¹⁹⁵

Compiladas as respostas se pôde identificar o seguinte padrão entre os advogados entrevistados, todos de atuação cível, empresarial/comercial:¹⁹⁶

- a arbitragem é o método mais escolhido para resolução das disputas, sendo prevista na grande maioria dos contratos;
- é mais fácil seguir o padrão previamente estabelecido – a arbitragem – que não precisa ser justificado internamente na empresa ou perante o cliente, do que usar um método diferente do que o previsto contratualmente como a mediação, seja antes ou em meio à arbitragem;
- os clientes normalmente não estão abertos à sugestão por parte dos advogados de uso da mediação no início da disputa, pois ainda estão impregnados pela experiência negativa de uma negociação malsucedida e as emoções e sentimento de injustiça estão aflorados;
- na maior parte das vezes os clientes empresários não conseguem enxergar os benefícios da utilização da mediação como forma de solução ao início da disputa, precisando passar pelo desgaste emocional e econômico da arbitragem ou do processo judicial para conseguir vislumbrar os benefícios da mediação;
- o uso da mediação no curso de outro procedimento adversarial já instaurado como arbitragem ou processo judicial pode ser mais efetivo do que ao início do conflito como forma de tentar solucioná-lo, porque as partes já terão expostos seus argumentos bem como terão tido acesso aos argumentos da parte contrária, podendo avaliar seus pontos fortes e fracos e, assim, estarem mais abertas à possibilidade de acordo;
- na ocorrência de circunstâncias durante o procedimento arbitral ou processo judicial, que possam interferir na possibilidade de êxito como decisão parcial, decisão liminar, laudo pericial, entre outros, a mediação passa a ser uma opção não antes explorada;

¹⁹⁵ O relatório não chegou a ser publicado, mas participei da condução das entrevistas e tive acesso às respostas, por atuar, à época, como *co-chair* da *task-force* de mediação ao lado de Diego Faleck, tanto é que o relatório também foi mencionado por FALECK, Diego; SANTOS, Luiz Ricardo de Oliveira. *A Janela de Mediação* in “Estudos sobre a evolução da arbitragem e da mediação no Brasil”. Editora SESI-SP, 1ª ed. São Paulo: 2021, pp. 361-390.

¹⁹⁶ Todas essas respostas foram identificadas e mencionadas por FALECK, Diego; SANTOS, Luiz Ricardo de Oliveira. *Op.cit.*, pp. 373-374.

- quando se conhece melhor a mediação e se percebe ser ela mais célere, confidencial e menos custosa, ela passa a integrar a estratégia de resolução de conflitos do advogado juntamente com a arbitragem e com o processo judicial, podendo ser com eles combinada;
- deve-se ter cautela, principalmente por parte do advogado, ao sugerir o uso da mediação tanto para os clientes quanto para a contraparte, para não parecer descrença ou falta de confiança da própria posição no conflito, sendo úteis os incentivos e momentos para tanto que possam facilitar a aceitação pela contraparte, como a janela de mediação.

Vê-se, assim, que o padrão usual é seguir o fluxo do método previsto contratualmente - arbitragem ou o processo judicial -, não sendo usual cogitar mudanças ao longo do caminho (como o uso da mediação incidental sem que esteja prevista contratualmente).

A partir de então indaga-se: por qual motivo se cogitaria o uso da mediação em meio a um método adjudicatório como arbitragem ou processo judicial já instaurado? E mais, se a mediação pode ser iniciada por iniciativa de qualquer das partes e a qualquer momento, qual a conveniência da janela de mediação?

De acordo com as respostas obtidas nas entrevistas promovidas no âmbito da *Task Force* da Comissão de Arbitragem e ADR mencionada, é o aparecimento de determinadas circunstâncias que afetam o curso do procedimento arbitral ou judicial que modificam a percepção das partes e tornam a mediação incidental atraente.

Para tentar explicar as motivações das partes e de seus advogados a sair da armadilha adversarial Faleck resgata o conceito do BATNA que, em inglês, significa *best alternative to a negotiated agreement* e, em português, MAANA – *melhor alternativa à negociação de um acordo*, formulado por William Ury e Roger Fisher no emblemático livro “Como chegar ao sim”.¹⁹⁷ Ury e Fisher ensinam que¹⁹⁸

a razão por que se negocia é para produzir algo melhor do que os resultados que seria possível obter sem negociar. Quais são esses resultados? Qual é alternativa? Qual é a sua MAANA – sua Melhor Alternativa à Negociação de um Acordo? Esse é o padrão em relação a qual qualquer proposta de acordo e deverá ser medida. É o

¹⁹⁷ FISHER, Roger, 1922. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Roger Fisher, William Ury & Bruce Patton. Tradução Vera Ribeiro & Ana Luiza Borges. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imago Ed., 2005, p. 113.

¹⁹⁸ *Ibid*, p. 116.

único padrão capaz de protegê-lo de aceitar termos demasiadamente desfavoráveis e de rejeitar termos que seria de seu interesse aceitar.

Em tal sentido, os autores complementam afirmando que “*o poder relativo de negociação de duas partes depende, primordialmente, de quão atraente para cada uma delas é a opção de não chegar ao acordo*”.¹⁹⁹

Daí que, de acordo com a teoria da negociação da escola de *Harvard* o BATNA (ou MAANA) é o referencial que se deve ter em mente para balizar se um acordo vale a pena ou não. É o que será feito se a negociação não levar ao acordo, se ele não for fechado.

Um acordo será vantajoso se opções contempladas dentro da negociação forem melhores em comparação ao que existe fora da negociação. Ou seja, se as alternativas existentes fora da negociação forem melhores do que as opções negociadas, o acordo não será vantajoso.²⁰⁰

Portanto, quando as partes e seus advogados se deparam durante o processo judicial ou arbitral com fatores que as fazem repensar suas estratégias, forças e fraquezas e têm o potencial de alterar suas chances de êxito, passam a reavaliar o seu BATNA (ou MAANA) e cogitar o uso da mediação em meio ao método heterocompositivo já instaurado.

De fato, ao se deparar com determinadas situações nem sempre previstas ou que se reputava não viessem a ocorrer durante o processo judicial ou a arbitragem e, passado um tempo do início dos procedimentos, ou seja, dado um lapso temporal entre o início do conflito, o início da disputa e determinada circunstância, as partes e seus advogados percebem que a manutenção da disputa em si mesma pode não mais valer a pena ou não mais fazer sentido, sendo conveniente avaliar a possibilidade de um acordo.

No entanto, conforme se verá mais adiante, há certa dificuldade em colocar em prática o método consensual – mediação - em meio ao método adversarial em curso.

Nesse contexto que Faleck convida à aplicação da janela de mediação, que

¹⁹⁹ FISHER, Roger, 1922. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Roger Fisher, William Ury & Bruce Patton. Tradução Vera Ribeiro & Ana Luiza Borges. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imago Ed., 2005, p. 118.

²⁰⁰ A escola de *Harvard* distingue opção de alternativa considerando opção como sendo as possibilidades contempladas dentro da negociação e alternativa as possibilidades existentes fora do cenário da negociação.

com a ajuda do terceiro profissional – o mediador - pode fornecer a ferramenta necessária que as partes precisam para “*resgatar algum grau de confiança e de boa comunicação, caso contrário, o esforço de negociação pode ser em vão*”.²⁰¹

Mas qual a relevância em considerar a janela de mediação como um conceito específico e estar atento às suas oportunidades de aplicação, se a mediação é, essencialmente, voluntária, flexível e não precisa sequer estar prevista em cláusula contratual, podendo, ainda, ser instaurada a qualquer momento do processo judicial ou da arbitragem?

Como resposta, o que se vê na prática é que mesmo vislumbrando o benefício que solução negociada pode trazer, as partes ainda estão impregnadas pela visão adversarial e de oponente uma da outra - que Glasl tão bem descreve - e não conseguem colocar em prática, por elas mesmas e de forma espontânea, o ambiente necessário à aplicação da solução pela via consensual. É o que Faleck assim descreve²⁰²

Surge então um paradoxo: as partes chegam com alguma clareza à conclusão de que um esforço de negociação deve ser empreendido, mas não possuem elas mesmas as ferramentas para viabilizarem a ambiência para uma negociação bem-sucedida se desenrolar. Elas ainda se enxergam como adversárias e tendem à repetição de seus comportamentos e vieses.

E, por assim ser, mesmo percebendo que percorrer todo o processo judicial ou a arbitragem para obter a decisão final pode não mais fazer sentido, na maior parte das vezes as partes e, principalmente, seus advogados não conseguem se desprender do comportamento adversarial que Faleck chama de “*armadilha adversarial*”.²⁰³

Daí que o termo da janela de mediação foi cunhado para designar certos momentos durante a arbitragem – e também aplicável ao processo judicial – no qual a ocorrência de determinados fatores ou circunstâncias surgem como oportunidades que impulsionam as partes a repensarem suas motivações, forças e fraquezas dentro da disputa, de forma que passam a vislumbrar a utilidade e conveniência do uso da mediação para solucionar o conflito, no todo ou em parte. A janela de mediação

²⁰¹ FALECK, Diego; Santos, Luiz Ricardo de Oliveira. *A Janela de Mediação* in “Estudos sobre a evolução da arbitragem e da mediação no Brasil”. Editora SESI-SP, 1ª ed. São Paulo: 2021, p. 370.

²⁰² Ibid.

²⁰³ Ibid. pp. 361-390.

representa, portanto, o que Faleck denomina da “saída honrosa” para negociar ou mediar.²⁰⁴

Ainda não há muitos estudos doutrinários sobre o tema, mas o assunto tem suscitado reflexões e debates em diversos eventos, congressos, conferências e seminários sobre métodos consensuais de resolução de disputas e, notadamente, sobre mediação empresarial.

Nessas ocasiões buscou-se identificar as origens do comportamento adversarial tão arraigado por parte dos advogados, destacando-se que, por muitos anos, a formação jurídica foi pautada pelo ensino unicamente dos métodos adversariais como o processo judicial, que ficou sedimentado como sinônimo de comportamento combativo do advogado de resolução de disputas e, quiçá, de realização da justiça.

Até mesmo a arbitragem, enquanto método extrajudicial (mas ainda heterocompositivo), levou certo tempo para ser difundida e adotada por parte dos advogados sendo, agora, plenamente utilizada no âmbito empresarial.

Cabe destacar que, apenas no ano de 2019, as disciplinas sobre os métodos autocompositivos como conciliação e mediação passaram a ser obrigatórias nos cursos de direito e, conseqüentemente, no exame da Ordem dos Advogados do Brasil.²⁰⁵

Nesse contexto, nota-se que, mesmo ao se deparar com determinados *checkpoints* que serão abordados no capítulo seguinte, é especialmente mais difícil para os advogados se libertar do comportamento adversarial que, por tanto tempo, constituiu o modelo do ensino jurídico.

Para essas circunstâncias que se cogita – e sugere – a janela de mediação, justamente para auxiliar partes e advogados a utilizarem a mediação em meio à arbitragem ou processo judicial já em curso, quando vislumbram o potencial benefício, mas ainda têm o receio de dar o primeiro passo do convite à mediação.

²⁰⁴ Trabalhos do IV Congresso Internacional de Mediação Empresarial – GEMEP | CBAr. “5 Anos da Lei de Mediação: para onde vamos?” Organizadores: Bruna Teixeira Macedo, Debora Visconte, Lucas de Medeiros Diniz e Vera Cecília Monteiro de Barros. Painel II “The Mediation Window”. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2022, p. 43.

²⁰⁵ Vide Resolução CNE/CES nº 5/2018, oriunda do Parecer nº 635/2018, homologado pela Portaria nº 1.351/2018 do Ministério da Educação (MEC), a pedido do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, noticiada no boletim NUPEMEC Informa nº 37, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 25 jul. 2024.

Passaremos a abordar, assim, alguns dos estigmas que previnem principalmente os advogados de utilizar a mediação como método de resolução de disputas.

3.1. Perda do protagonismo

O processo judicial que, por tanto tempo, representou o modo primordial de resolução de disputas a ser utilizado pelo advogado tem por primazia a escrita, a formalidade e a representação do cliente pelo advogado.

Nesse sentido, o advogado exerce grande parte dos atos processuais em nome do cliente, que pouco participa do processo judicial.

Realmente, uma das únicas etapas que contam com a participação ativa do cliente é a fase de instrução processual e, mesmo assim, se houver audiência de instrução na qual seja tomado o seu depoimento pessoal. E mais, o artigo 385 do Código de Processo Civil prevê o requerimento de depoimento pessoal pela contraparte, de modo que o advogado não pode solicitar que o seu próprio cliente seja ouvido. Não raro o cliente deseja se manifestar em audiência e fica surpreso ao saber que não deverá falar, a não ser que o magistrado deseje ouvi-lo de ofício. Daí que, muitas vezes, pode acabar não tendo a oportunidade de se manifestar.

Como se não bastasse a primazia da manifestação por escrito, nas demais ocasiões em que o advogado tem a oportunidade de expor seus argumentos oralmente além da audiência de instrução – sustentação oral em recursos e eventuais despachos com magistrados – o faz em nome do cliente, reforçando a característica da representação.

Até mesmo a comunicação dos atos processuais se dá em nome do advogado que, conforme o caso, as transmite ao cliente. Caso contrário, a parte acaba não sendo informada de diversas comunicações de impulsionamento e cumprimentos de prazos processuais.²⁰⁶ Mencione-se, como exemplo, que ao ser divulgada e publicada no diário oficial alguma decisão favorável à parte (como sentença, acórdão, decisão liminar) costuma ser o advogado que transmite a boa notícia ao cliente.

²⁰⁶ Claro que essa dinâmica não é a regra, havendo vários advogados que emitem relatórios de andamento processual periodicamente ao cliente, que servem a título informativo do que ocorreu, mas raramente o cliente participa em tempo real da providência processual.

Essa repetida dinâmica acaba por reforçar, além da representação, o imaginário de o advogado ser o herói da conquista satisfatória ao cliente, reforçando, assim, o seu protagonismo.

Daí que a mediação acaba por destoar desse formato, na medida em que convida a parte (o cliente) a dividir o protagonismo (e a própria responsabilidade pela busca da solução) com o advogado, participando ativa e oralmente das sessões de mediação e da construção da solução, ou seja, do resultado. Esse aspecto não passou despercebido por Samantha Pelajo²⁰⁷ que afirma

Os advogados concentram, classicamente, o lugar de representação e de conseqüente protagonismo nas negociações e nas demandas judiciais ou arbitrais de seus clientes. Essa postura não é despropositada. Quando um leigo busca um assessor jurídico, comumente traz consigo a narrativa de um contexto em que experimentou sentimentos de ansiedade, angústia, frustração e, até mesmo, impotência. Ao ser contratado para resolver a questão, é natural que o advogado assumira para si a responsabilidade pela solução do impasse, pelo viés que norteia sua formação profissional: argumentação, baseada nas regras jurídicas aplicáveis à hipótese.

A mediação traz uma metodologia de negociação diferenciada. Ao invés de se pautar pela contra-argumentação ou pela barganha posicional, propõe a conjugação de esforços no sentido da co-construção de soluções de benefício e satisfação mútuos, a partir da identificação dos interesses, necessidades e valores subjacentes.

Com efeito, ao invés de o advogado ser o representante e portador da vitória para a parte, como ocorre no processo judicial e na arbitragem, na mediação o cliente participa das sessões²⁰⁸ em conjunto com o seu advogado, com ampla oportunidade para expor suas ideias, sentimentos, visão dos fatos, oferecer ou recusar propostas, participar da negociação; enfim, a parte costuma participar de todas as etapas da mediação e ativamente da construção da solução, não havendo um único portador da vitória.

Acrescente-se, ainda, o fato de na mediação ser bastante utilizada a técnica do *caucus*²⁰⁹, na qual a parte pode vir a participar de sessões privadas com o

²⁰⁷ PELAJO, Samantha. Atuação Colaborativa e Complementar entre Mediadores e Advogados: Uma Experiência Brasileira. in *Mediação e Advocacia na Mediação: Questões Contemporâneas*. São Paulo: ICFML – Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos, vol 1., pp. 72-79, out/2018.

²⁰⁸ Há quem denomine os encontros de mediação como “audiência”, mas prefiro utilizar a nomenclatura “sessão”, haja vista não seguir o formato que se espera de uma audiência judicial nem arbitral. O próprio Código de Processo Civil utiliza a expressão audiência em seu artigo 334.

²⁰⁹ Segundo Tania Almeida, “as reuniões privadas ou individuais, também conhecidas pela expressão *caucus*, têm por finalidade propiciar um espaço exclusivo de conversa com um dos mediandos, incluindo ou não sua rede de pertinência e advogado(s), e atendem a múltiplas finalidades: possibilitar o acesso aos discursos de cada um, sem a interferência da presença do outro; provocar reflexões destinadas a solucionar aparentes impasses; identificar a pauta subjetiva da

mediador sem a participação da contraparte e, algumas vezes, até mesmo sem a participação do seu próprio advogado. Em função dessa dinâmica flexível, o advogado pode ficar com a impressão de perda do protagonismo e, até mesmo, que o cliente pode vir a minimizar a sua atuação profissional.

3.2. Receio de parecer fraco

Não raro se tem a visão de que o uso de algum método consensual como a mediação sinaliza fraqueza.

Talvez pela ideia um tanto quanto difundida de que negociação representa concessões recíprocas, o uso da mediação²¹⁰ tem sido associado ao reconhecimento da fragilidade do direito ou de fraqueza da parte e/ou de seu advogado.

Em se tratando do advogado de contencioso essa fraqueza pode ser entendida sob o viés da personalidade ou do direito, ou seja, da tese jurídica por ele defendida. Nenhum dos dois aspectos é confortável para o advogado que atua no contencioso, seja para manutenção da sua reputação (e, por que não, ego) como assertivo e combativo, seja para defesa dos interesses do seu cliente.

No geral, advogados que atuam em resolução de conflitos e com resolução de disputas, acostumados ao processo judicial e à arbitragem (que são métodos heterocompositivos por natureza), gostam da reputação de serem combativos, assertivos e vitoriosos. Muitas das vezes creditam o seu sucesso justamente à essa reputação que, portanto, desejam manter.

Nesse diapasão, mesmo quando configurados determinados *checkpoints* durante uma arbitragem ou processo judicial que fazem os advogados vislumbrarem a conveniência de se tentar uma composição amigável (que serão abordados no próximo capítulo), pelo fato de constituir uma mudança de rota do procedimento – de adversarial para consensual – é comum se ter a impressão de que a sugestão de instauração do método consensual como a mediação, em meio ao método adversarial já instaurado, representa exteriorização de fraqueza, como se fosse admissão da fragilidade do direito ou de redução das chances de êxito.²¹¹

questão apresentada”. ALMEIDA, Tania. *Caixa de Ferramentas em Mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2014, pp. 57-58.

²¹⁰ A bem da verdade, a *mediação* contém em seu bojo uma negociação estruturada por um terceiro neutro – o mediador – que além da negociação ainda facilita a comunicação entre as partes.

²¹¹ Para tentar tirar o peso da utilização de algum tipo de método consensual representar admissão de fraqueza ou da tese contrária que o Enunciado 208 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal possui a seguinte redação:

O estigma que se costuma ter é como se o convite à mera tentativa de mediação representasse, por si só, a confissão tácita de redução das chances de êxito, de fragilidade da tese jurídica e que, por isso, se estaria aberto a ceder e negociar.²¹²

A experiência, inclusive estrangeira, mostra que os advogados e/ou as partes têm receio de sugerir a via consensual.²¹³ No tocante a esse aspecto Sussman²¹⁴ afirma que:

The Mediation Window is a vehicle for creating an opportunity, creating a window in the arbitration, where people meet and talk about whether they should go to mediation at the very least or it could be set up as a requirement that they actually mediate during a pause in the arbitration. Such a process removes the sting of being the one to have to bring it up.

This is responsive I think to what users want. If you talk to users, most of them would like to have a time out to try to resolve a dispute, most of them would appreciate a conversation about “what could we be doing?” as an alternative to going to the mat and arbitrating or litigating for years at considerable expense. Is there something else we can do?

Por essas e outras que a janela de mediação pode ser útil e servir de conforto aos advogados e partes, por consistir em oportunidade de se cogitar o uso da mediação em meio à arbitragem ou ao processo judicial, podendo ser prevista de forma estruturada e antecipadamente à configuração de determinados fatores, para tirar o peso de uma das partes precisar tomar a iniciativa da sugestão de cogitar uma solução consensual, conforme será abordado adiante.

Enunciado 208: “A apresentação de uma proposta de acordo, antes ou durante o litígio, por si só, não pode ser interpretada como reconhecimento do direito da parte contrária nem como indício de plausibilidade do direito por ela alegado”.

²¹² Não por outra razão que Daniela Gabbay assevera que:

“Diante de uma controvérsia, é comum que as partes hesitem em dar o primeiro passo em direção aos métodos consensuais, preocupadas que a sugestão de mediação seja vista pelo outro lado como um sinal de fraqueza em relação às posições e à confiança nas teses jurídicas do caso. Considerando esse cenário e a mentalidade precipuamente litigiosa ainda vigente, o estudo sobre as janelas de mediação ganha relevância, com destaque para os casos em que há uma arbitragem em curso ou há a possibilidade de instituição da arbitragem”. GABBAY, Daniela. “Análise Empírica sobre oportunidades para mediação no curso da arbitragem no Brasil”. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 73/2022, pp. 137-165, abr-jun/2022, p. 3.

²¹³ Edna Sussman chegou a assim afirmar:

“(…)

The point is that people do still feel – and this was an American colleague, so even in a jurisdiction where mediation has been around for a long time and is very well accepted, there still does seem to be this feeling that if you are the one who brings it up, it is going to cost you at the negotiation table, you are just not going to do it as well, it is real sign of weakness”. Trabalhos do IV Congresso Internacional de Mediação Empresarial – GEMEP | CBAr. “5 Anos da Lei de Mediação: para onde vamos?” Organizadores: Bruna Teixeira Macedo, Debora Visconte, Lucas de Medeiros Diniz e Vera Cecília Monteiro de Barros. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2022, p. 35.

²¹⁴ Trabalhos do IV Congresso Internacional de Mediação Empresarial – GEMEP | CBAr., 2022, p. 35.

3.3. Falta de compreensão como técnica

Como visto, a mediação é essencialmente oral, flexível e informal, de modo que pode transmitir uma percepção (equivocada) de não constituir um procedimento estruturado, com técnica, etapas e efeitos esperados. Para muitos, a mediação consiste em “mera conversa” entre partes, seus respectivos advogados e o mediador.

Os advogados que atuam em arbitragem e/ou no contencioso e processo judicial, costumam possuir certo conhecimento de negociação. Pode até não ser um conhecimento técnico e formal, no sentido do estudo da teoria da negociação, mas acabam exercitando a negociação quase que intuitivamente, no dia a dia da condução dos conflitos de seus clientes.

Dessa forma, em grande parte das situações, o advogado tenta negociar diretamente com o advogado da contraparte antes de ingressar com a arbitragem ou com o processo judicial. A partir daí, quando a negociação não consegue solucionar o conflito e, portanto, evitar a instauração do método heterocompositivo, o advogado fica impregnado com a experiência negativa da tentativa consensual infrutífera e acaba por “rotular” a questão como demasiadamente complexa para qualquer mecanismo autocompositivo.

E mais, além de ficar impregnado pela experiência negativa do insucesso da negociação já tentada, para o advogado é ainda mais difícil compreender como um terceiro neutro – o mediador - poderá promover resultados melhores em uma negociação que ele, advogado, já não tenha tentado²¹⁵.

Em suma, embora já se note mudanças de comportamento por parte de alguns advogados, especialmente os que atuam no âmbito comercial/empresarial, ainda são poucos os profissionais que percebem a ajuda que o terceiro neutro - o mediador - pode trazer para a dinâmica do conflito.

Com efeito, o próprio desconhecimento da estrutura da mediação enquanto procedimento formal que possui fases²¹⁶, bem como a divisão de papéis entre o

²¹⁵ Não por outra razão que Edna Sussman chega a afirmar que “*sometimes, you need someone from the outside to propose sensible and obvious solutions to problems*”. Trabalhos do IV Congresso Internacional de Mediação Empresarial – GEMEP | CBAr. “5 Anos da Lei de Mediação: para onde vamos?” Organizadores: Bruna Teixeira Macedo, Debora Visconte, Lucas de Medeiros Diniz e Vera Cecília Monteiro de Barros. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2022, p. 59.

²¹⁶ Sem pretender esgotar o assunto, em linhas gerais as fases da mediação são: (i) pré-mediação, onde são explicados os princípios que regem a mediação e o papel das partes e do mediador, são tratadas questões operacionais como definição do local, periodicidade das reuniões, honorários etc; (ii) introdução ou abertura do mediador, quando o mediador reforça a sua técnica de trabalho,

advogado e o cliente, acabam por contribuir para essa percepção falaciosa de que a mediação não é um procedimento estruturado que pode produzir resultados diferentes daquele resultado negativo da negociação direta entre os advogados já tentada (e frustrada).

No entanto, a atuação de um terceiro neutro e imparcial tem o potencial de produzir resultados diferentes daqueles inicialmente obtidos na negociação ou mera aproximação direta entre as partes e seus advogados.

Como se não bastasse, além de contar com a atuação do terceiro, a janela de mediação propõe a intervenção do mediador em meio ao processo judicial ou arbitragem em momento diverso daquele no qual a disputa teve início e que foi tentada a negociação fracassada.²¹⁷

Agora, com a disputa já instaurada e transcorrido certo tempo da arbitragem ou do processo judicial, os ânimos podem ter arrefecido pelo desgaste do próprio procedimento adversarial (ou por outros fatores que serão abordados), passando a fazer sentido a aplicação do método consensual de forma estruturada e com o auxílio do terceiro neutro.

Além do auxílio estruturado do terceiro mediador, o momento da intervenção consensual também contribui para que se alcance resultados diferentes, pois o mediador poderá auxiliar as partes e os advogados a perceberem o impacto que determinados fatores provocaram na disputa, fazendo-as avaliar os prós e contras de uma possível solução negociada.

Nesse contexto que se insere a janela de mediação, como uma oportunidade de se contar com o auxílio do mediador, enquanto terceiro neutro e profissional de comunicação e negociação, que poderá trabalhar com as mudanças de percepções das partes e de seus advogados que foram afetadas por diversos fatores no decorrer do processo judicial ou arbitral sem que isso revele suas fraquezas. Aí repousa uma das valiosas técnicas da mediação que, além da confidencialidade, consiste nas reuniões privadas (também denominadas *caucus*), em que as partes revelam

rememora o princípio da confidencialidade e como desejará ouvir cada parte; (iii) discurso de abertura das partes, ocasião na qual cada parte expõe a sua percepção da disputa, estando comumente acompanhada dos seu respectivo advogado, que também tem a oportunidade de expor a sua visão da situação; (iv) definição da agenda, ou seja, o objeto e os assuntos a serem tratados na mediação; (v) aprofundamento das questões, podendo ocorrer rodadas de sessões conjuntas ou privadas por diversas vezes; (vi) negociação e (vii) fechamento, com ou sem acordo.

²¹⁷ Ainda mais sabendo que nos momentos que antecedem a instauração do litígio os ânimos estão exaltados e já se atingiu os níveis mais altos da escala Glasl.

somente ao mediador seus verdadeiros interesses e limites máximo e mínimo na negociação, sem revelar à parte contrária.

Vê-se, portanto, que um dos principais entraves à adoção da mediação é a falta de compreensão de que o mediador, enquanto terceiro, pode contribuir através da aplicação de técnicas de comunicação e negociação que provocam resultados diferentes da negociação inicial tentada pelas partes e seus advogados e que, por vezes, foi malsucedida.

3.4. Redução dos honorários

A conjunção de tudo o que foi até agora mencionado, ou seja, a perda do protagonismo, o receio de parecer fraco e a não compreensão como um procedimento técnico e estruturado, acarreta mais um estigma para a adoção da mediação, que é o da redução dos honorários por parte do advogado.

Pelo fato de o cliente participar ativamente nas sessões de mediação em conjunto com seu advogado, atuando desde a exposição do problema, passando pela negociação até a construção da solução consensual, alguns podem ter a impressão de que o advogado trabalha menos durante uma mediação do que no processo judicial ou na arbitragem (nos quais ele é o representante da parte e protagonista da obtenção do resultado), fazendo jus, assim, à redução dos honorários contratados.

Ademais, por contar com os princípios da informalidade e flexibilidade, sendo em grande parte oral, na mediação não é exigido do advogado a elaboração de infundáveis peças processuais escritas nem apresentação de anexos de diversos documentos como ocorre nas audiências arbitrais.²¹⁸

Dessa forma, por prescindir do trabalho formal e braçal inerentes ao processo judicial e à arbitragem, a atuação do advogado na mediação pode transparecer ser menos complexa do que nos métodos adversariais, acarretando, assim, a redução dos honorários contratados.

No entanto, consideramos essa percepção um tanto quanto equivocada, na medida em que, na mediação, o advogado precisa preparar o caso para ser apresentado ao mediador²¹⁹ e à parte contrária, saber dividir as tarefas com o cliente

²¹⁸ Não se pode deixar de mencionar que, cada dia que passa, as audiências arbitrais estão mais sofisticadas, contando com apresentações contratadas nos mais variados formatos tecnológicos especialmente para impressionar (e convencer) os árbitros.

²¹⁹ Isso sem contar que muitos mediadores que atuam no âmbito comercial/empresarial costumam solicitar *briefings* escritos dos advogados, que embora não constituam petições nem alegações

organizando a fala e os fatos que irão revelar nas sessões conjuntas ou nas sessões privadas (*caucus*), saber atuar durante as sessões ao mesmo tempo de forma assertiva e colaborativa, saber o momento de solicitar reuniões privadas com o mediador (*caucus*)²²⁰, enfim, estar atento e dedicado ao procedimento de mediação.

Como se não bastasse, durante a mediação é esperado que haja conversa e revelação de fatos e informações, com o surgimento de novas ideias, opções, propostas e contrapropostas que precisam ser analisadas e avaliadas continuamente pela parte em conjunto com o seu advogado, que tem a particular e especial tarefa de ponderar as consequências jurídicas das possibilidades aventadas, sejam os impactos formais, tributários, burocráticos etc.

Tanto é assim que, particularmente, eu comparo a atuação do advogado em mediação à atuação em um *reality show*, por ser em tempo real. Daí que, durante um procedimento de mediação muitas das vezes é exigida uma atuação concentrada por parte do advogado, que ficará a ela dedicado de forma intensa durante um certo período, talvez precisando se afastar, até mesmo, da atuação em outros casos.²²¹

Por mais que se possa ter a impressão de que o advogado e sua equipe dispendem menos horas em uma mediação do que em um processo judicial ou em uma arbitragem, isso não significa que o advogado não invista muitas horas na preparação e na atuação em mediação, a ponto de justificar redução dos honorários contratados.

A bem da verdade, na minha visão, havendo acordo advindo de mediação em meio a um processo judicial ou arbitragem, ao invés de se pretender reduzir os honorários contratados com o advogado deveria ser o contrário, ser valorizado o resultado obtido em menos tempo. Ou seja, pelo fato de o advogado proporcionar ao cliente uma solução para o problema em menos tempo e com menor desgaste financeiro e emocional, seus honorários contratados deveriam, em tese, ser até maiores. Como se sabe que é mais do que improvável se cogitar de majoração, os honorários contratados com o advogado devem ser mantidos na hipótese de

comparáveis ao processo judicial ou à arbitragem, também requerem atenção e cuidado na sua elaboração por parte do advogado.

²²⁰ Se não tiverem sido sugeridas pelo próprio mediador podem e devem ser solicitadas pelo advogado.

²²¹ Tome-se, por exemplo, uma mediação em que as sessões são diárias ou, ao menos, intercaladas em uma mesma semana, que demandam a atuação contínua do advogado com sua presença e análise das opções, diferentemente dos prazos judiciais ou arbitrais nos quais os advogados possuem diversos dias para elaborar suas razões.

resolução, total ou parcial do processo judicial ou arbitragem por acordo, não se cogitando da sua redução.

Tantas foram as discussões em torno desse tema – de pretensão de redução dos honorários contratados em função da solução advir de método consensual em meio ao mecanismo adversarial já instaurado – que o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil editado em 2015 regula, expressamente, os honorários contratuais na hipótese de solução consensual em meio a mecanismos adversariais da seguinte forma²²²:

Art. 48. A prestação de serviços profissionais por advogado, individualmente ou integrado em sociedades, será contratada, preferentemente, por escrito.

(...)

§ 4º As disposições deste capítulo aplicam-se à mediação, à conciliação, à arbitragem ou a qualquer outro método adequado de solução dos conflitos.

§ 5º É vedada, em qualquer hipótese, a diminuição dos honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial.

Vê-se, portanto, que o tema precisou ser regulamentado pela Ordem dos Advogados do Brasil para evitar que se colocasse em prática a redução dos honorários contratados ante a percepção de menos trabalho por parte do advogado em caso de acordo obtido por meios consensuais como a mediação.²²³

Nesse particular, deixa-se, aqui, sugestão aos advogados para novas formas de contratação de honorários, que podem (e devem) contemplar diferentes fases de atuação, desde a análise de documentos e sugestão da estratégia (método a ser adotado) até a atuação propriamente em cada uma das etapas que vierem a ser adotadas, contemplando valores fixos ou percentuais.

Quanto mais o advogado conhecer como se dá a interação e aplicação entre os métodos de resolução de conflitos mais fácil poderá customizar a contratação dos seus honorários. Por exemplo, podem ser estipulados critérios diferentes como valores fixos para as primeiras etapas (como um *pró-labore*) e valores percentuais para etapas subsequentes. Pode haver, ainda, previsão do escalonamento de percentuais conforme a fase/etapa do processo judicial ou da arbitragem em que o acordo for realizado, se total ou parcial, como, por exemplo, se o acordo ocorre

²²² Pela Resolução nº 02/2015 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

²²³ A tabela de honorários 2024 da Ordem dos Advogados de São Paulo contém seção especial de previsão de honorários advocatícios para “atividades em assessoria jurídica em métodos autocompositivos”. Disponível em: <<https://www.oabsp.org.br/upload/3864390579.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2025.

após a fase de apresentação do caso ou primeira rodada de petições, mas antes da instrução estipula-se um determinado percentual e, se o acordo sobrevier após a fase instrutória, define-se percentual diferente.

4. Quando usar a Janela de Mediação

A janela de mediação tem por objetivo, como visto, ajudar as partes e, principalmente, seus advogados a ultrapassarem receios de cogitar o uso da mediação na busca de uma solução consensual em meio ao procedimento arbitral ou processo judicial sem o receio de tomar a iniciativa e parecer fraco, pouco combativo ou de redução de honorários contratados.

Além dessas motivações que explicam o porquê de se falar em janelas de mediação sabendo que a mediação é voluntária, flexível e independe de previsão contratual, há, ainda, outros fatores que interferem em quando usá-las em meio ao processo judicial ou arbitragem e que serão a seguir abordados.

4.1. Informação

Conforme mencionado, ao se deparar com um conflito e decidir pela instauração de um método adversarial como arbitragem ou processo judicial é usual que partes e, principalmente, advogados, façam um exame prévio dos documentos incluindo contratos, mensagens trocadas (carta, *whatsapp*, *e-mail*), notificações, editais, enfim, todo material fornecido pelo cliente para, então, elaborar a tese jurídica a ser adotada.

A tese jurídica é, portanto, construída com base nos fatos que se tem conhecimento e que são fornecidos pelo cliente ao advogado. Com base nessas informações o advogado identifica o instituto jurídico aplicável, constrói a estratégia e dá início ao método escolhido, elaborando o pedido de instauração da arbitragem e respectivas alegações iniciais ou a petição inicial do processo judicial, que irão delinear os contornos da demanda e definir os pedidos e a causa de pedir a serem enfrentados pelo requerido na resposta à arbitragem ou na contestação ao processo judicial.

No entanto, uma parte não tem como garantir, de antemão, que terá acesso nem total conhecimento das informações e dos documentos que a contraparte detém.²²⁴

²²⁴ Muito pelo contrário, Faleck chega a assim afirmar:

“Então, são basicamente esses dois elementos...e o que os autores falam é que você deveria começar com a mediação, porque você só vai realmente descobrir os seus obstáculos conversando com o outro lado...nem todos os obstáculos vêm à tona antes da mesa de negociação”. Trabalhos do IV Congresso Internacional de Mediação Empresarial – GEMEP | CBar. “5 Anos da Lei de Mediação: para onde vamos?” Organizadores: Bruna Teixeira Macedo, Debora Visconte, Lucas de Medeiros Diniz e Vera Cecília Monteiro de Barros. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2022, p. 41.

É essa assimetria de informação aliada à percepção da disputa impregnada por excesso de otimismo, pelos comportamentos e características descritos por Glasl, que motivam o início dos processos adversariais e, no primeiro momento, trazem a confiança da vitória, da descoberta da verdade e da realização da justiça.

Cabe, aqui, abrir um parêntese para mencionar que, na minha visão é, também, a assimetria de informações e os demais aspectos identificados por Glasl, que se encontram fortemente frescos no momento inicial da disputa, que comprometem a eficácia da audiência de mediação ao início do processo judicial, prevista no artigo 334 do Código de Processo Civil.

Isso porque, o dispositivo legal prevê a realização da audiência logo após a petição inicial e antes da resposta do réu. Nesse momento há uma assimetria de informações na medida em que se tem conhecimento da versão dos fatos, dos documentos e do enquadramento jurídico formulado pelo autor, ao passo que o réu ainda não apresentou sua defesa nem seus elementos probatórios.

A minha experiência como mediadora atuante nas varas empresariais perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro demonstra que, por ocasião da audiência de mediação designada com base no referido artigo 334 do Código de Processo Civil, a maioria dos réus não deseja revelar nem compartilhar, minimamente, sua versão dos fatos e, muito menos, as informações e documentos que possui. Nem mesmo a técnica de *caucus* utilizada em mediação, de realizar sessões privadas e confidenciais em separado com cada parte e seu advogado, aplaca a desconfiança de uma parte relativamente à outra.²²⁵

Cabe esclarecer que a minha crítica repousa unicamente no momento previsto para a realização da audiência de mediação pelo artigo 334 do Código de Processo Civil e não na utilização do método consensual propriamente dito, que entendo ser extremamente útil e eficaz na solução das disputas.

²²⁵ César Rossi Machado parece compartilhar do mesmo entendimento ao afirmar que: “(...) Então meus comentários: a gente não conhece bem esse procedimento, eu não vejo na prática, hoje, a utilização da janela de mediação, o que eu vejo – e, assim, eu digo que estou aqui para aprender, porque, em 15 anos advogando em arbitragem no contencioso, uma das coisas que eu aprendi é que a maioria dos casos vai se encerrar com uma solução consensual; a minoria dos casos vai ter essa solução logo no começo. Então trazer essa tentativa de mediação e da conciliação logo no começo não tem mostrado muito resultado”. Trabalhos do IV Congresso Internacional de Mediação Empresarial – GEMEP | CBar. “5 Anos da Lei de Mediação: para onde vamos?” Organizadores: Bruna Teixeira Macedo, Debora Visconte, Lucas de Medeiros Diniz e Vera Cecília Monteiro de Barros. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2022, p. 46.

O fato de a audiência estar prevista para ocorrer logo ao início do processo judicial, quando ainda são poucas as informações e pior, há um evidente desbalanço de informação entre autor e réu, faz com que a mediação não seja frutífera. Com efeito, nesse momento inicial se tem, de um lado, o autor que se encontra confiante na sua posição calcado nas suas informações e percepção da situação e, de outro lado, o réu, que não quer revelar antecipadamente a sua versão nem estratégia jurídica de defesa.

Voltando ao âmbito do processo judicial ou da arbitragem, a realidade mostra que, no decorrer do procedimento, podem surgir informações e documentos sobre os quais não se tinha conhecimento, seja porque o cliente não repassou ao advogado seja porque o próprio cliente desconhecia. Pode ser um *e-mail*, uma carta, uma ata de reunião, enfim, evidências antes desconhecidas que podem vir a influenciar e/ou alterar as consequências jurídicas estimadas.

Tome-se, por exemplo, um contrato de obra relativamente ao qual o contratado invoca a tese jurídica de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato por alteração do projeto durante a obra pelo contratante. No decorrer do processo seja judicial ou arbitral, surge uma ata de reunião no diário de obra com a concordância da alteração. Este documento, até então desconhecido pelo contratado/requerente, pode vir a afetar a tese jurídica e as chances de êxito da demanda ou, ao menos, abrir uma discussão sobre a sua validade, sobre os poderes da pessoa que assinou, enfim, pode vir a representar uma vertente de questionamento jurídico não antes vislumbrada.

Outro exemplo é durante a prova oral mediante a oitiva de testemunha no qual há admissão de fato desconhecido de uma das partes ou que se reputava fosse negado pela testemunha, mas que acaba sendo confirmado. Também aqui se estará diante de uma situação não prevista, mas que pode influir nos rumos do processo judicial ou arbitral pelo fato vir a se tornar minimamente controvertido.

Essas situações surgem no decorrer da arbitragem ou do processo judicial após a estabilização da demanda, normalmente no decorrer da instrução probatória e têm o condão de afetar a tese jurídica e análise das chances de êxito de cada uma das partes, exigindo, assim, a reanálise da estratégia adotada e a utilidade de manutenção da disputa até o final.

Quando surgem novas informações no decorrer do processo judicial ou arbitral, as partes devem reavaliar seus pontos fortes e fracos e parar para pensar no

seu BATNA, considerando a conveniência da manutenção da disputa nos moldes em que está proposta ou se passa a fazer sentido a tentativa de celebração de um acordo.

Essa é a ocasião para se cogitar o uso da janela de mediação, pelo fato de oportunizar às partes e seus advogados o uso de um método consensual, contando com o auxílio de um terceiro imparcial, que poderá auxiliar as partes na comunicação e na negociação e sem o receio de tomar a iniciativa nem de admitir menor chance de êxito na disputa.²²⁶

4.2. Controle do procedimento e adequação do resultado

Vimos que as informações desempenham importante papel na construção da tese jurídica e que a assimetria, ou melhor, a surpresa de novas informações no decorrer do processo arbitral ou judicial pode interferir no prognóstico inicialmente feito pelas partes e seus advogados a respeito das chances de êxito da demanda.

Outro fator que também deve ser considerado é a incerteza inerente a todo método heterocompositivo de resolução de conflitos como o processo judicial e a arbitragem, na medida em que, nesses métodos, o poder de decisão é sabidamente atribuído a um terceiro (ou terceiros no caso de Tribunal Arbitral) cujo resultado não se pode assegurar. É, portanto, inerente aos métodos adversariais atribuir a decisão a um ou mais terceiros – o juiz ou árbitro – estando a decisão, ou melhor, o resultado, fora da esfera de controle das partes envolvidas.

Chama atenção esse aspecto, pois o modelo arraigado de se buscar a jurisdição estatal (mediante o processo judicial) para decidir o conflito está calcado em atribuir a terceiro estranho às partes e desconhecedor do problema e da realidade delas, o poder de dizer quem está certo ou errado e de impor a decisão. Do ponto de vista negocial não parece fazer sentido atribuir a quem não conhece o negócio o poder de dar a solução e de impô-la.²²⁷

²²⁶ Sobre o tema Daniela Gabbay assim afirma:

“Sob essa perspectiva da sinergia da mediação com outros métodos de solução de conflitos, ela costuma ser prevista para ocorrer normalmente antes ou no início do procedimento arbitral ou judicial (cláusulas escalonadas “Med-Arb” ou “Med-Jud”). Pouco se estuda a mediação posterior ao início desses procedimentos e paralela a eles (“Arb-Med-Arb” ou “Jud-Med-Jud”), quando há informações mais concretas sobre a controvérsia a partir do avanço procedimental, produção de provas e advento de decisões...”. GABBAY, Daniela. “Análise Empírica sobre oportunidades para mediação no curso da arbitragem no Brasil”. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 73/2022, pp. 137-165, abr-jun/2022, p. 2.

²²⁷ Durante o II Congresso Internacional de Mediação Empresarial GEMEP/CBAr havido em 2018 Juliana Kruger Pela chegou a afirmar

É essa autorresponsabilização das partes que a mediação propõe, de atribuir a capacidade de decisão às próprias partes, contando com o auxílio do mediador justamente por saber que a relação, comunicação e negociação entre elas está comprometida.

Ao jurisdicionado, porém, incumbe conscientizar-se sobre sua condição de protagonista nas relações interpessoais. Em vez de socorrer de terceiros (integrantes do Estado) para resolver pendências, deve considerar, primeiramente, em que medida pode, por si mesmo, encaminhar saídas pertinentes. A dignidade humana inclui o poder de autodeterminação, razão pela qual deve o indivíduo conduzir-se com a maior autonomia possível na definição de seu próprio destino.²²⁸

E não é apenas a decisão final sobre o mérito do conflito que decide o vencedor e o perdedor que deve ser levada em conta como fora do controle das partes e advogados. Há, ainda, outras decisões que não apenas as finais de mérito que também podem vir a mudar o rumo da disputa e a expectativa inicial, como decisões parciais, tutelas e liminares.

É o que ocorre, por exemplo, quando é proferida decisão liminar determinando fazer ou se abster de fazer algo sob pena de multa diária, quando é proferida sentença parcial na arbitragem reconhecendo a obrigação de pagar ou o desequilíbrio do contrato a ser calculado *a posteriori*, quando é proferida decisão determinando incluir outras partes no processo judicial que se esperava não serem chamadas a participar da demanda ou quando se determina a realização de uma perícia que se reputava não ser necessária.

Todas essas circunstâncias fogem da alçada de poder das partes e seus advogados e podem ocorrer em estágios variados do processo judicial ou arbitral. Tal qual as informações reveladas no decorrer do procedimento, elas também podem vir a afetar o prognóstico das chances de êxito feito pelas partes e seus advogados ao início da instauração da demanda.

“E aí, a Análise Econômica, e particularmente esse manual de Análise Econômica alemão a que eu me referi, questionam esse problema. Eles dizem assim: ‘Não seriam as partes os melhores juízes dos seus negócios? Por que invocar um juiz externo, que não tem conhecimento daquele negócio específico, para resolver uma disputa que surgiu entre as partes?’, e aí, eles usam uma expressão de que eu gosto muito: ‘A disputa contratual é sempre uma busca pelo elo perdido’”. Trabalhos do II Congresso Internacional de Mediação Empresarial GEMEP/CBAR. “Desafios Atuais da Mediação Empresarial”. Organizadores: Debora Visconte, Giovanni Ettore Nanni. Lucas de Medeiros Dinis e Vera Cecília Monteiro de Barros. “*Painel II: Mais valia da Mediação*”. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2018, pp. 31-51.

²²⁸ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 97.

E tais circunstâncias não apenas geram insegurança e incerteza, como afetam o próprio desenrolar do procedimento que se imaginava ser simples, mas que, por exemplo, vai passar a contar com uma perícia que sabidamente dura anos, com uma testemunha estrangeira com dificuldade de agenda e que exige tradução especializada, com uma parte nova na demanda que pode ser uma empresa coligada do grupo econômico ou um familiar-sócio que se entendeu ser litisconsorte. Enfim, em um processo judicial ou arbitral as partes podem vir a ser surpreendidas por situações como essas que, frise-se, fogem ao seu controle do desenrolar dos procedimentos.

Essas situações usualmente ocorrem quando já decorrido certo tempo do início do processo judicial ou da arbitragem e as partes já se distanciaram do momento auge do conflito que as impulsionou para a instauração do mecanismo adversarial, o que também ajuda na reavaliação da utilidade de manutenção da demanda.

Para esses momentos que a janela de mediação é adequada, por permitir às partes repensar a utilidade, viabilidade e necessidade de manutenção da disputa através do processo judicial ou arbitral, podendo submeter à mediação não apenas o mérito da disputa como, também, as questões processuais que surgirem e que podem impactar no desenrolar do procedimento ou no mérito da disputa propriamente dito.

Isso significa que, durante a mediação incidental, as partes podem definir em conjunto a indicação do perito a ser contratado, podem limitar a quantidade de quesitos a serem respondidos, podem avençar se haverá audiência para oitiva e/ou esclarecimentos do perito, podem definir como se dará a oitiva da testemunha estrangeira (escolha da modalidade, se *online*, qual plataforma, qual data), podem definir a escolha do tradutor, a quantidade de testemunhas, a quantidade de perguntas etc.

Aliás, o Código de Processo Civil de 2015 inovou ao inserir a previsão do art. 190 que autoriza as partes estipular, antes ou durante o processo, “*mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais*”, em se tratando de direito disponíveis que admitam autocomposição. Há quem diga que a inspiração para tal

regra tenha advindo do processo arbitral.²²⁹ Fato é que, de acordo com essa nova previsão, as partes podem estipular, até mesmo de antemão, tal como costumeiramente se faz(ia) com o foro de eleição²³⁰, sobre ônus da prova, exibição de documentos, limitar oitiva de testemunhas, definir profissional caso venha ser necessária prova pericial, convencionar a extensão do escopo da perícia. Enfim, o próprio Código de Processo Civil outorga às partes a faculdade de convencionar sobre aspectos procedimentais que podem vir a facilitar e simplificar o processo, como, ainda, a calendarização prevista no art. 191 do CPC que, no entanto, ainda é pouco utilizada.

Para que o negócio processual seja colocado em prática durante o processo judicial as partes e seus advogados precisam ser capazes de adotar postura colaborativa e manter minimamente uma boa comunicação. Quando esse ambiente não é possível se insere a *janela de mediação*, que pode ser utilizada não apenas para resolver o cerne (mérito) da disputa, como, também, para as questões procedimentais e, tal como o negócio jurídico processual, vir a facilitar o desenrolar do processo judicial.

Pode-se mencionar, por exemplo, que se avence entre as partes a desnecessidade de determinada empresa do grupo econômico participar de todas as etapas do processo judicial ou arbitral, mas que concorde em figurar como garantidora de determinada obrigação que venha a ser instituída ou que venha a honrar condenação acima de determinada quantia.

Mesmo quando versar sobre o mérito, a mediação pode versar sobre todo ou parte dele. Tome-se, por exemplo um processo judicial ou uma arbitragem de construção cujo cerne é o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Após determinada decisão parcial em bifurcação de arbitragem ou tutela judicial que reconheça o desequilíbrio ou a possibilidade de revisão do contrato, as partes

²²⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; BASILIO, Ana Tereza. *O negócio processual: Inovação do Novo CPC*. Revista da EMERJ, pp. 140-146, 2016.

²³⁰ Diz-se fazia porque a Lei nº 14.879/2024 alterou o §art. 63 do Código de Processo Civil estabelecendo que:

“§1º A eleição de foro somente produz efeito quando constar de instrumento escrito, aludir expressamente a determinado negócio jurídico e guardar pertinência com o domicílio ou a residência de uma das partes ou com o local da obrigação, ressalvada a pactuação consumerista, quando favorável ao consumidor.

§2º O ajuizamento de ação em juízo aleatório, entendido como aquele se vinculação com o domicílio ou a residência das partes ou com o negócio jurídico discutido na demanda, constitui prática abusiva que justifica a declinação de competência de ofício”.

deixam de lado o enfrentamento jurídico dessa questão e passam a negociar os valores propriamente ditos.

Atento a tais aspectos, Faleck considera os seguintes momentos propícios à aplicação da *janela de mediação*: (i) questões preliminares sobre jurisdição e participação de terceiros, (ii) após a apresentação do caso por cada uma das partes, “*em que estas começam a entender melhor do caso que estão lidando e, conseqüentemente, realizam uma nova análise de risco, repensando a possibilidade de iniciarem uma mediação*” (iii) quando os pontos controvertidos da disputa são estabelecidos, (iv) antes de se iniciar uma perícia, (v) após a instrução probatória e (vi) após decisão liminar ou sentença parcial, quando as partes percebem que o decidido não atende aos interesses de nenhuma delas.²³¹

Por esse motivo se sugere ficar atento a tais circunstâncias que atraem a aplicação da janela de mediação, por serem momentos procedimentais nos quais uma vez configurados, levam as partes a reavaliarem a pertinência, utilidade e necessidade da disputa em si ou, ao menos, de determinados atos procedimentais que podem ser simplificados de comum acordo²³² e, com isso, trazer eficiência, celeridade e economia processuais. Nesse sentido Faleck assim complementa:²³³

Em linhas gerais, o momento apropriado para a janela de mediação dependerá das circunstâncias do caso concreto, da habilidade das partes e da eficiência do arranjo procedimental em permitir a construção dessa via. Como são muitos os momentos em que uma janela de mediação poderá ser aberta, é desejável que as partes estejam sempre atentas e disponíveis a perseguir oportunidades consensuais.

Como se não bastasse, por mais que se saiba que o resultado de um processo judicial ou de uma arbitragem está diretamente vinculado ao pedido formulado, não há certeza da obtenção de todos os itens requeridos, sabendo que é vedado ao magistrado decidir mais ou diferente do que foi pedido²³⁴ mas não menos, tanto é que pode haver a procedência parcial do(s) pedido(s) formulado(s).

Por outro lado, o §2º do art. 515 do Código de Processo Civil permite que a da autocomposição verse sobre “*relação jurídica que não tenha sido deduzida em*

²³¹ FALECK, Diego; Santos, Luiz Ricardo de Oliveira. A Janela de Mediação in “*Estudos sobre a evolução da arbitragem e da mediação no Brasil*”. Editora SESI-SP, 1ª ed.. São Paulo: 2021, p. 376.

²³² Como nos negócios jurídicos processuais do art. 190 do CPC.

²³³ FALECK, Diego; Santos, Luiz Ricardo de Oliveira. Op.cit., p. 376.

²³⁴ Vide art. 141 do Código de Processo Civil:

“O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”.

juízo” e que dela participe “*sujeito estranho ao processo*”. Essa previsão autoriza ultrapassar duas fronteiras até então basilares do processo civil: as partes afetadas pela demanda, a teor do art. 506 do CPC, e os limites do pedido a ser decidido pelo magistrado, a teor dos arts. 141 e 492 do CPC.

Neste particular a janela de mediação também vem a calhar, pois permite que a solução consensual buscada verse sobre todo ou parte do pedido que constitui a matéria objeto da disputa como, ainda, englobe matérias não suscitadas no processo, mas que podem ser importantes para as partes. É a adequação do resultado, que muitas vezes se torna possível justamente em função da liberdade e possibilidade de acomodação de diversos interesses para além dos postulados no processo.

Mas não é só, até mesmo após a decisão judicial ou arbitral e até mesmo em fase recursal a mediação pode versar sobre a forma de cumprimento da decisão. Explica-se: tome-se, por exemplo, um pedido de rescisão contratual com multa, no qual a decisão judicial ou arbitral pode determinar a rescisão e condenar uma das partes ao pagamento de quantia certa. Sabidamente há um prazo para a decisão ser cumprida, o que significa que a parte condenada deverá efetuar o pagamento dos valores aos quais foi condenada dentro do prazo, sob pena de sanções adicionais como majoração de multa, juros e honorários advocatícios.²³⁵ Como se não bastasse, a parte condenada fica sujeita a atos de constrição como penhora e avaliação. Mas, nem sempre a parte condenada tem condições de cumprir com a obrigação que lhe foi imposta nos exatos moldes como determinada. Pode ocorrer, ainda, de a parte credora ter interesse em receber o crédito de outra forma que não a mera modalidade do pagamento.

Enfim, tais interesses, possibilidades e circunstâncias não têm a oportunidade de serem desvendadas a não ser mediante a janela de mediação, cuja solução consensual permite determinar o modo pelo qual a obrigação será

²³⁵ Vide art. 523 do Código de Processo Civil:

“No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

§ 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do *caput*, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.

§ 2º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no *caput*, a multa e os honorários previstos no § 1º incidirão sobre o restante.

§ 3º Não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário, será expedido, desde logo, mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação”.

cumprida, isto é, o resultado, de forma que venha a atender, efetivamente, ao interesse das partes.

Há, ainda, outro aspecto que não se pode deixar de mencionar, que é a efetividade da solução que também merece atenção das partes e advogados e que pode ser customizado através da janela de mediação.

Uma sentença judicial será título executivo judicial²³⁶ cujo cumprimento seguirá as regras de competência previstas no Código de Processo Civil²³⁷ que dizem respeito ao local apto à execução da sentença, que pode não corresponder ao local dos ativos, o que dificulta a materialização da decisão.

Outro aspecto digno de nota é que a sentença judicial estrangeira necessita de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça²³⁸ e a sentença arbitral possui eficácia de título executivo judicial. Sendo assim, a sentença arbitral estrangeira, tanto quanto a sentença de um processo judicial estrangeiro, necessita de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça para poder ser executada no Brasil.

O acordo resultado de mediação, a seu turno, por força do parágrafo único do artigo 20 da Lei de Mediação²³⁹, constitui título executivo extrajudicial. E, por força da regra do §2º do artigo 784 do Código de Processo Civil, “*os títulos executivos extrajudiciais oriundos de país estrangeiro não dependem de homologação para serem executados*”. Daí se conclui que, um acordo fruto de mediação estrangeiro terá força de título executivo extrajudicial que não depende de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça para ser cumprido no Brasil.

²³⁶ Vide art. 515 do Código de Processo Civil.

²³⁷ Vide art. 516 do Código de Processo Civil:

“O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:

I - os tribunais, nas causas de sua competência originária;

II - o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição;

III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem”.

²³⁸ Vide art. 515, VIII do Código de Processo Civil.

²³⁹ “Art. 20. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial”.

Diga-se, ainda, que o art. 28 da Lei de Arbitragem prevê a declaração do acordo obtido em meio ao procedimento arbitral por sentença, conferido ao acordo, portanto, a eficácia de título executivo judicial.

Deixo, aqui, a reflexão se, em determinadas hipóteses, principalmente internacionais, não seria mais conveniente obter um acordo em janela de mediação que, por ser obtido em mediação, mesmo incidental à arbitragem, terá eficácia de título executivo extrajudicial e independerá de homologação.

Há que se ter em mente, ainda, que o Brasil é signatário da Convenção de Singapura²⁴⁰ que tem por objeto trazer segurança jurídica à implementação (execução) de acordos comerciais internacionais obtidos em mediação.

A Convenção estabelece, portanto, norma que permite aos Estados signatários que possuem sistemas jurídicos diferentes utilizar um mecanismo de resolução de conflitos que seja reconhecido e possa ser executado nos diversos países: a mediação. Vale ressaltar que a Convenção de Singapura versa tão somente sobre acordos comerciais internacionais resultantes de mediação, abrangendo apenas matéria comercial e não se prestando a outras matérias como família, sucessões, trabalhista, consumidor.

Com a Convenção de Singapura assinada pelo Brasil em 04/06/2021 e já ratificada por alguns países²⁴¹ vislumbra-se um incremento de acordos comerciais

²⁴⁰ O Brasil assinou a “Convenção das Nações Unidas sobre Acordos Internacionais Resultantes de Mediação”, conhecida como “Convenção de Singapura” em 04/06/2021 e ainda pende de ratificação no Congresso Nacional. Em abril de 2024 a Convenção foi objeto de parecer favorável à ratificação pela Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional da Câmara dos Deputados. Na ocasião o parecer favorável ressaltou que:

“A facilitação e o aumento da segurança jurídica no cumprimento de acordos internacionais resultantes de mediação no Brasil devem trazer como benefício a atração de investimentos estrangeiros e o incremento de oportunidades de transações internacionais e de parcerias comerciais transfronteiriças”, explicou o deputado. Para Feliciano, “a mediação apresenta maior flexibilidade procedimental e maior eficiência em termos de custo e tempo de resolução”.

Posteriormente a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania também aprovou o parecer e o PDL 228/2024 (Projeto de Decreto Legislativo de Acordos, tratados ou atos internacionais) foi remetido ao Senado Federal em março/2025.

²⁴¹ Em 07/08/2019 ocorreu em Singapura, a cerimônia de assinatura da “Convenção das Nações Unidas sobre Acordos Internacionais Resultantes de Mediação”, conhecida como “Convenção de Singapura”, que foi assinada, na ocasião, por Afeganistão, Bielorrússia, Benin, Brunei, Chile, China, Colômbia, Congo, Fiji, Geórgia, Granada, Haiti, Honduras, Índia, Irã, Israel, Jamaica, Jordânia, Casaquistão, Laos, Malásia, Maldivas, Maurício, Montenegro, Nigéria, Macedônia do Norte, Palau, Paraguai, Filipinas, Catar, Coreia, Samoa, Arábia Saudita, Sérvia, Serra Leoa, Singapura, Sri Lanka, Timor Leste, Turquia, Uganda, Ucrânia, Estados Unidos, Uruguai e Venezuela. Após essa data outros países apuseram suas assinaturas como Armênia, Austrália, Brasil, Chad, Equador, Gabão, Gana, Guiné-Bissau, Iraque, Ruanda, Grã-bretanha e Irlanda do Norte. Dentre todos esses países a Convenção de Singapura foi ratificada e se encontra em vigor nos seguintes países: Bielorrússia, Equador, Fiji, Geórgia, Honduras, Japão, Casaquistão, Nigéria, Catar, Arábia Saudita, Singapura,

internacionais ante a facilidade do seu cumprimento nos países signatários, ainda mais sabendo que os acordos internacionais fruto de mediação independem de homologação no Brasil e por si só constituem título executivo extrajudicial.

4.3. Custo financeiro e custo emocional

As despesas com o Poder Judiciário brasileiro no ano de 2023 representaram R\$ 132,8 bilhões, o que corresponde a 1,2% do produto interno bruto nacional (PIB) e a 2,38% dos gastos totais da União, estados, Distrito Federal e municípios. Desse total, a maior parte dos gastos foi para pagamentos de salários e encargos trabalhistas. Por outro lado, a arrecadação da atividade jurisdicional foi de R\$ 68,74 bilhões, o que significa apenas 52% das despesas.²⁴²

O custo do Poder Judiciário por habitante no ano de 2023 foi de R\$ 653,7 o que significa um aumento de R\$ 67,6 por pessoa, equivalente a um acréscimo de 11,5% em comparação ao ano anterior e o maior valor da série histórica.²⁴³

A análise da eficiência do sistema de justiça não é tema circunscrito à esfera jurídica, sendo certo que, entre 2002 e 2020, o Banco Mundial avaliou o ambiente de negócios em diversos países, através relatório denominado “*Doing Business*”.²⁴⁴

O relatório analisava como as leis e regulamentações de um país contribuem para promover ou restringir as atividades empresariais²⁴⁵, focando em aspectos como facilidade para abrir uma empresa, obtenção de licenças para o exercício da atividade, registro de propriedade, obtenção de crédito, proteção aos acionistas minoritários, execução e cumprimento de contratos, procedimento de insolvência,

Sri Lanka, Turquia e Uruguai. Disponível em: <<https://www.singaporeconvention.org/jurisdictions/>>. Acesso em: 21 jan. 2025.

²⁴² Wilson Pimentel já teve a oportunidade de analisar esse aspecto, chegando a asseverar que “*no modelo atual, no que diz respeito aos custos, o Estado subsidia a solução de disputas mantendo, a um gasto relevante, uma estrutura que parece não conseguir dar conta da quantidade colossal de conflitos que lhe são submetidos*”. PIMENTEL, Wilson. *Acesso Responsável à Justiça: o impacto dos custos na decisão de litigar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 43.

²⁴³ Relatório Justiça em Números 2024 (ano base 2023) – CNJ, p. 82. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 04 jun. 2024.

²⁴⁴ O relatório classificava 190 países de acordo com a facilidade de se fazer negócios, atribuindo pontuação para diversos itens avaliados, utilizando como parâmetro a maior cidade de negócios de cada país e, nos países com mais de 100 milhões de habitantes a pesquisa era aplicada nas duas maiores cidades o que, no Brasil, representava São Paulo e Rio de Janeiro. Relatório Executivo do Projeto *Doing Business*. Disponível em: <https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/noticias/2021/novembro/divulgado-relatorio-executivo-sobre-o-ranking-doing-business/RelatorioExecutivov2.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2025.

²⁴⁵ *World Bank Group, Doing Business* Disponível em: <<https://archive.doingbusiness.org/pt/reports/global-reports/doing-business-2020>>. Acesso em: 24 fev. 2025.

bem como tempo e custo para resolução de controvérsias, pontuando cada um desses aspectos e consolidando em um *ranking*.²⁴⁶

Desde o seu lançamento, o Brasil nunca conseguiu figurar entre os 100 primeiros colocados, tendo sido classificado em 124º dentre os 190 países avaliados na última edição em que o relatório foi editado, no ano de 2020.

À primeira vista pode parecer estranho que um relatório sobre Economia leve em conta elementos sobre o sistema de justiça de um país (ou seja, sobre Direito) e mais, que tais elementos interfiram na pontuação sobre o ambiente de negócios desse país.

No entanto, a interação entre Direito e Economia é mais comum do que se imagina, pois, as fontes do Direito e, principalmente, as normas, ditam condutas e interferem nos comportamentos sociais cujas consequências são analisadas justamente pela Economia.

²⁴⁶ Os métodos de resolução de disputas como arbitragem e mediação constituíam critérios dentro da metodologia de pontuação no relatório *Doing Business* da seguinte forma:

“Índice de resolução alternativa de controvérsias

O índice de resolução alternativa de controvérsias tem seis componentes:

- Se a arbitragem comercial nacional é regida por uma lei consolidada, capítulo consolidado, ou seção do código de processo civil que compreende praticamente todos os seus aspectos. Em caso afirmativo, é atribuída uma pontuação de 0,5; em caso negativo, 0.
- Se litígios comerciais de todas as espécies – com exceção daqueles que tratam da ordem pública, política pública, falência, direitos do consumidor, questões trabalhistas ou propriedade intelectual – podem ser submetidas a arbitragem. Em caso afirmativo, é atribuída uma pontuação de 0,5; em caso negativo, 0.
- Se cláusulas ou acordos arbitrais válidos são aplicados pelos tribunais locais em mais de 50% dos casos. Em caso afirmativo, é atribuída uma pontuação de 0,5; em caso negativo, 0.
- Se a mediação voluntária, a conciliação ou ambas são uma forma reconhecida de se solucionar litígios comerciais. Em caso afirmativo, é atribuída uma pontuação de 0,5; em caso negativo, 0.
- Se a mediação voluntária, conciliação ou ambas são regidas por uma lei consolidada, capítulo consolidado ou seção do código de processo civil que compreende praticamente todos os seus aspectos. Em caso afirmativo, é atribuída uma pontuação de 0,5; em caso negativo, 0.
- Se existem incentivos financeiros para as partes tentarem a mediação ou conciliação (por exemplo, se a mediação ou conciliação for bem-sucedida, há restituição de taxas de registro no tribunal, crédito fiscal ou outra medida correlata). Em caso afirmativo, é atribuída uma pontuação de 0,5; em caso negativo, 0.

O índice varia de 0 a 3, estando os valores mais elevados associados à maior disponibilidade de mecanismos de resolução alternativa de controvérsias. Em Israel, por exemplo, a arbitragem é regulamentada por meio de um estatuto dedicado ao tema (0,5 pontos), todos os litígios comerciais podem ser submetidos à arbitragem (0,5 pontos) e cláusulas de arbitragem válidas são geralmente aplicadas pelos tribunais (0,5 pontos). A mediação voluntária é uma forma reconhecida de solucionar litígios comerciais (0,5 pontos), é regulamentada por um estatuto dedicado ao tema (0,5 pontos) e parte das taxas de registro é reembolsada se o processo for bem-sucedido (0,5 pontos). A soma desses pontos dá a Israel uma pontuação de 3 no índice de resolução alternativa de controvérsias”.

Disponível em: <<https://archive.doingbusiness.org/pt/methodology/enforcing-contracts>>. Acesso em: 10 fev. 2025.

Essa relação de causa e consequência despertou o interesse de uma vertente científica que passou a ser chamada de “*análise econômica do Direito*”, que “*examina os institutos jurídicos a partir da sua capacidade de gerar ganhos para o bem-estar social, comparando os interesses em jogo e os incentivos que regem os comportamentos de cada grupo de interesse*”.²⁴⁷

Luiz Fux e Bruno Bodart, autores que se debruçaram sobre esse tema, prosseguem afirmando que “*uma das principais características da análise econômica do Direito, portanto, é concentrar o exame das normas jurídicas exclusivamente nas suas consequências*”.²⁴⁸

Eles explicam que o custo de se litigar deve ser avaliado sob dois aspectos: o social e o individual. O social envolve o custo do aparato estatal que envolve a máquina judiciária bem como o impacto que a prestação jurisdicional pode ter no comportamento das pessoas.²⁴⁹ Já o individual é representado pelo proveito que o indivíduo pode obter com o resultado do processo judicial em comparação aos custos para promover a demanda. E, por assim ser, concluem:

Essa, portanto, é a divergência fundamental entre o interesse social e o interesse privado para litigar. O indivíduo ajuíza uma ação sempre que o seu proveito pessoal líquido esperado for positivo, ao passo que, para a sociedade, não é suficiente analisar apenas o proveito para o autor, sendo necessário perquirir sobre os ganhos sociais correspondentes à movimentação da máquina judiciária e aos outros custos associados à litigância. O litigante, portanto, geralmente ignora: (i) o impacto da prestação jurisdicional na mudança de comportamento das pessoas (seja com relação à obediência de determinações regulatórias, cumprimento de contratos, adoção de precauções eficientes etc.); e (ii) os custos suportados pelo adversário e pelo Estado com o uso do Judiciário.²⁵⁰

De acordo com essa lógica, bastaria efetuar uma comparação entre o proveito pessoal esperado menos o custo da demanda com a oferta da contraparte para se concluir pela manutenção da disputa ou pelo acordo. Ocorre que, segundo

²⁴⁷ FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 24.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 2.

²⁴⁹ Nas palavras de Luiz Fux e Bruno Bodart:

“Os benefícios sociais da operação do sistema de justiça resultam do controle da conduta humana possibilitado pela existência de um mecanismo estatal responsável pela aplicação da lei. Assim, por exemplo, considere um potencial causador de dano que pode ou não fazer investimentos para reduzir a probabilidade de que a sua atividade gere um acidente. Se não houver o Judiciário para compensar as vítimas, aquele causador de dano não possui nenhum incentivo para ser cauteloso, pois não obterá qualquer benefício correspondente ao seu investimento em precauções. Noutras palavras, sem o sistema de justiça, o potencial causador de dano poderá transferir todos os custos das externalidades geradas pela sua atividade a terceiros”. *Ibid.*, pp. 35-36.

²⁵⁰ FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Op.cit.*, p. 37.

Fux e Bodart, as situações não são tão lineares como em uma operação matemática, mas são justamente as externalidades positivas e negativas que existem e, ao contrário de serem sopesadas, não costumam ser levadas em consideração com a importância que deveria na hora de decidir fazer um acordo²⁵¹

a probabilidade de um acordo depende da relação entre o valor envolvido na disputa, o otimismo das partes em relação ao resultado final de eventual processo, os custos da litigância judicial e a predisposição das partes a correr riscos, além do comportamento estratégico de cada uma delas.

Essas externalidades são justamente os eventos mencionados no item 4.1 como os eventos procedimentais não planejados que fogem ao controle das partes, mas acarretam consequências de duas ordens que não podem ser desprezadas e que também impactam na motivação e no ânimo em manter uma disputa: o custo financeiro e o custo emocional.

Com efeito, uma perícia que não se imaginou ser necessária, mas que acabou sendo determinada pelo juiz ou pelo Tribunal Arbitral certamente acarreta um custo adicional, sem contar no tempo e no desgaste de analisar e resgatar documentos, preparar quesitos e se dedicar às infindáveis reuniões com os assistentes técnicos. As perícias de engenharia, por exemplo, costumam se dar da forma indireta, ou seja, são elaboradas após a realização da obra e, na grande maioria das vezes, se baseiam única e exclusivamente nos registros documentais existentes. Dada essa característica, conduzir uma perícia dessa natureza exige, além do investimento financeiro, o investimento de dedicação e tempo para reconstituir os registros da obra e fazê-los compreensíveis para os profissionais envolvidos na arbitragem ou no processo judicial, o que pode ser tanto um custo tangível de horas dispendidas como um custo intangível de dedicação de pessoas.

Para além dos fatores procedimentais, há, ainda, fatores externos que fogem ao controle das partes, mas que igualmente afetam o custo de manutenção da demanda, seja ela judicial ou arbitral, como, por exemplo, oscilação do câmbio, oscilação de juros, alteração dos índices econômicos, mudança da regulamentação

²⁵¹ FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 55.

do setor, modificação da competitividade do produto ou da orientação comercial da empresa, apenas para citar alguns.^{252 253}

Todos esses elementos podem se modificar ao longo do processo judicial ou arbitral e impactam no seu custo, razão pela qual recomenda-se a reavaliação recorrente durante a disputa.

Mencione-se, ainda, que a própria instauração e manutenção do processo judicial ou arbitral já representa elevado custo.

Pesquisa elaborada por Cristiane Carneiro analisou os benefícios econômicos da mediação empresarial e comparou os custos de se obter uma decisão judicial, ou seja, mediante a duração regular do processo com a resolução mediante mediação extrajudicial e, até mesmo, mediação judicial.²⁵⁴

A pesquisa se baseou em 397 processos enviados à mediação no CEJUSC da capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que resultou em 83 acordos, sendo a maior parte acordos totais (77 processos), o que ainda representa baixo índice de acordos celebrados, na ordem de 19.4%.

As matérias predominantes nos processos analisados foi sociedade, dissolução de sociedade e responsabilidade contratual, evidenciando questões eminentemente empresariais, sendo que o maior índice de obtenção de acordo, na faixa de 53%, foi obtido em assuntos de sociedade. Analisando, ainda, os acordos celebrados em 56 processos no ano de 2017, a pesquisa conclui que, em 71,4% deles (30 processos) o valor do acordo foi mais próximo do oferecido pelo réu e, em 28,6% (12 processos) o valor do acordo foi mais próximo do solicitado pelo autor.

A pesquisa toma por base um processo judicial com valor da causa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e aplica os elementos tempo e custo utilizando os dados judiciais e os dados fornecidos pela câmara privada de mediação CIESP/FIESP,

²⁵² FALECK, Diego; SANTOS, Luiz Ricardo de Oliveira. A Janela de Mediação in “*Estudos sobre a evolução da arbitragem e da mediação no Brasil*”. Editora SESI-SP, 1ª ed.. São Paulo: 2021, p. 368.

²⁵³ Faleck afirma que tanto os eventos endoprocessuais quanto os eventos extraprocessuais “podem mudar o apetite racional por um acordo” e, “com o decurso do tempo, a disputa perde o sentido”. FALECK, Diego; SANTOS, Luiz Ricardo de Oliveira. Op.cit., p. 368.

²⁵⁴ A pesquisa foi realizada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro mediante análise de 397 processos judiciais de varas empresariais encaminhados à mediação nos anos de 2016 e 2017. CARNEIRO, Cristiane Dias, DUZERT, Yann e ALMEIDA, Rafael Alves de. “*Benefícios econômicos da mediação empresarial no cenário brasileiro*”. RAE – Revista de Administração de Empresas FGV EAESP, v. 64, n. 3, 2024, 1-22, e 2023-0132.

simulando três cenários: resolução judicial, resolução por mediação extrajudicial e resolução por mediação judicial.

Os resultados mostraram que, comparada a uma ação judicial, um acordo em mediação judicial tem o custo 80,73% menor para as partes e, em mediação extrajudicial a redução é maior ainda, na ordem de 84,41%.²⁵⁵

Isso sem falar que o custo de um processo arbitral pode ser ainda mais elevado do que o custo do processo judicial, a ponto de haver, atualmente, financiamento de terceiros para litígios.²⁵⁶

Mesmo diante de todo esse cenário, as partes não costumam repensar, de tempos em tempos, a conveniência de manutenção da disputa.

É o que ocorre em se tratando da arbitragem e do processo judicial, em que há, no início da disputa, um certo otimismo excessivo e o prognóstico um tanto quanto enviesado sobre as chances de sucesso (fortemente impregnados pelos motivos demonstrados por Glasl) que pode se modificar no decorrer da disputa. No entanto, a prática mostra que as partes acabam entrando em um *modus operandi* de “piloto automático” e acabam não fazendo essa reavaliação da disputa levando em consideração o prognóstico inicial, as informações obtidas no decorrer do processo e os fatores decorridos.

Efetuar um acurado prognóstico das chances de êxito também interfere no custo financeiro do litígio. Ocorre que grande parte das arbitragens é confidencial, o que contribui para a dificuldade de avaliação e gera verdadeira imprevisibilidade do resultado, dada a dificuldade na formação de um repositório de jurisprudência.

Há que se reconhecer que as Câmaras arbitrais têm se esforçado em promover a publicação das sentenças arbitrais mediante consentimento das partes, anonimizando os dados e fatos identificadores do caso. Mesmo assim, não se pode considerar que tais publicações constituam robusta previsibilidade do resultado.

É sabido que a imprevisibilidade é altamente prejudicial para as empresas, que, ao se submeter a um processo judicial ou arbitral, ficam sujeitas durante anos a uma disputa da qual não se sabe o resultado e que, durante esse período incorrem

²⁵⁵ CARNEIRO, Cristiane Dias, DUZERT, Yann e ALMEIDA, Rafael Alves de. “Benefícios econômicos da mediação empresarial no cenário brasileiro”. RAE – Revista de Administração de Empresas FGV EAESP, v. 64, n. 3, 2024, 1-22, e 2023-0132, p. 11.

²⁵⁶ Também conhecido como “third party funding”.

em gastos nem sempre recuperáveis, precisam provisionar os impactos nos seus balanços e fazer a provisão, por exemplo, de uma possível condenação

Diante de todo esse contexto que deve se cogitar o uso da janela de mediação por dois principais motivos: primeiro por ser um método de resolução de disputas que permite, justamente, o controle e a customização do resultado²⁵⁷, afastando a imprevisibilidade e inadequação da decisão advinda de um ou mais terceiros. Segundo, porque a janela de mediação, quando implementada no decorrer mais avançado do processo judicial ou arbitral, permite a reavaliação dos custos financeiros (e emocionais) diante dos fatos e circunstâncias que se revelaram, permitindo, como comumente se diz, “corrigir o rumo” e, quem sabe, evitar custos ainda maiores.

Mesmo com essas possibilidades que a mediação oferece, o fato de ela ainda ser pouco utilizada no meio empresarial causa curiosidade, que foi enfrentada no II Congresso Internacional de Mediação Empresarial do GEMEP/CBAr em 2018. Na ocasião Juliana Krueger Pela parafraseou Diego Faleck ao afirmar que “a mediação é a concretização das premissas econômicas”.²⁵⁸

Juliana Krueger Pela partiu do raciocínio de que os contratos e negócios são celebrados para que as partes obtenham algum benefício e, para tanto, elas negociam e fazem concessões. Anos mais tarde, quando ocorre algum problema, as premissas negociais do contrato são esquecidas, o contrato é reinterpretado retroativamente pelos advogados de contencioso – que normalmente não participaram da negociação - à luz da construção de posições jurídicas e a lógica passa a ser ganhar ou perder.²⁵⁹

Ela prossegue considerando a disputa contratual uma “busca pelo elo perdido”, na qual não faz sentido delegar a um terceiro desconhecido – o juiz ou árbitro –, que não tem conhecimento específico do negócio, dar a solução para o problema. Ele poderá dar a solução jurídica, mas não a solução comercial.

Com essa lógica ela conclui que a mediação é totalmente aderente ao ambiente negocial e contratual, por permitir a busca pelo que faz sentido, pelo saldo

²⁵⁷ Lembre-se que na mediação se aplica o art. 515, §2º do CPC possibilitando soluções diferentes do pedido formulado.

²⁵⁸ Trabalhos do II Congresso Internacional de Mediação Empresarial GEMEP/CBAr: *Desafios Atuais da Mediação Empresarial*. “Painel II: Mais valia da Mediação”, Organizadores: Debora Visconte, Giovanni Ettore Nanni. Lucas de Medeiros Dinis e Vera Cecília Monteiro de Barros. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2018, pp. 31-51.

²⁵⁹ Na linha da escala Glasl do conflito.

positivo entre as partes, pelo interesse comercial e não, apenas, o resultado jurídico. Por isso Juliana Kruger Pela afirma que constitui pleonasma falar de *análise econômica da mediação*, mas um pleonasma que precisa ser repetido.

No entanto, por mais que a mediação seja aderente à lógica econômica dos negócios, ela ainda é subutilizada.²⁶⁰

Por isso que se sugere a utilização da janela de mediação, que permite a reavaliação da estratégia, das forças e fraquezas à luz do desenrolar da disputa, como se fosse uma correção de rota no meio do caminho e que permite evitar custos ainda maiores, sem que a via litigiosa precise constituir um caminho sem volta.

Pois bem, na maioria das vezes as empresas e as pessoas se preocupam com o custo direto do litígio, que contempla honorários de advogados ou honorários dos árbitros, custas judiciais ou arbitrais, condenação, sucumbência, mas não levam em consideração outros custos periféricos.

É o que ocorre com o custo reputacional, pois a simples divulgação de uma empresa estar envolvida em uma disputa pode acarretar danos à sua imagem que podem vir a abalar não apenas o seu nome, como o seu valor de mercado.²⁶¹

Em termos nacionais, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro divulga a lista das empresas maiores litigantes, sendo intuitivo o desconforto em fazer parte dessa lista.

Por mais que o presente estudo tenha por enfoque as disputas empresariais e comerciais e, via de consequência, as pessoas jurídicas, não é por isso que não existam fatores emocionais. Afinal, a pessoa jurídica é uma ficção jurídica formada e gerida por pessoas físicas.

Nesse contexto, certas disputas podem ter sido desencadeadas por gestores que possuíam convicções peculiares e que tratavam a disputa com grande importância, mas que, posteriormente, se desligaram da empresa ou mudaram de função e a nova gestão não compartilha com o mesmo posicionamento. Essa disputa

²⁶⁰ Trabalhos do II Congresso Internacional de Mediação Empresarial GEMEP/CBAR: *Desafios Atuais da Mediação Empresarial*. “Painel II: Mais valia da Mediação”, 2018, pp. 41-43.

²⁶¹ Recentemente a *Disney* se viu envolvida em episódio de repercussão negativa à sua reputação, por questionar a validade de cláusula compromissória não observada. O que era para ser um argumento jurídico sobre o local adequado para a disputa – se judicial ou arbitral – se tornou um caso de grande repercussão negativa. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/consumo/disney-recua-e-vai-aceitar-juri-em-caso-de-morte-em-restaurante-de-resort/#:~:text=A%20Disney%20recuou%20de%20sua,do%20resort%20Epcot%2C%20em%20Orlando>>. Acesso em: 30 mar. 2025.

pode ter impacto econômico importante para a empresa em termos de provisionamento no balanço, possibilidade de sucumbência além dos custos diretos de advogados, taxas ou honorários de árbitros, mas perdeu a relevância em termos de posicionamento. Eis, aqui, mais uma oportunidade para uso da *janela de mediação* em meio à disputa.

Pode não parecer, mas o fator emocional permeia as disputas empresariais, seja no que a motivou seja no seu desenrolar. É o responsável pela obra que não admite a alteração do projeto, o responsável pelo setor que não concorda com a entrega atrasada e faz questão da imposição da multa etc.

O tempo também é um fator aliado, conforme se abordará a seguir, fazendo com que as partes fiquem esgotadas com o envolvimento emocional durante a disputa. Com efeito, auxiliar e subsidiar os advogados para a disputa em preparação para uma audiência, por exemplo, acarreta desgaste emocional às partes que precisam rememorar datas, fatos e detalhes para poderem subsidiar adequadamente os seus advogados.

Nesse sentido cabe rememorar os debates durante o IV Congresso Internacional de Mediação Empresarial do GEMEP/CBAr em 2020, ocasião em que Cesar Rossi Machado descreveu:²⁶²

Olha, eu tenho alguns exemplos engraçados assim...a gente quando percebe a oportunidade, a gente levanta a possibilidade com o cliente, tenho dois exemplos que são bem interessantes, em deles é: eu tenho um cliente que, enfim, é uma empresa pequena, então praticamente todo o contato integral com pessoa física existia uma carga emocional forte no processo. Justamente por existir essa carga emocional, quando a arbitragem iniciou ali a fase probatória, o cliente estava literalmente exausto, psicológica e fisicamente, adoeceu durante a pandemia, então, todas as conversas que a gente tinha para alinhar pontos, estratégias processuais acabavam com “Eu estou exausto, não aguento mais esse processo, quando ele vai acabar?”, e a gente viu como uma janela de oportunidade de falar: “Olha, existe uma forma de acabar com o processo, se você e a outra parte sentarem e chegarem a um consenso”. De novo, a gente tenta objetivar sempre para o cliente não enxergar uma fraqueza, então a gente coloca de forma objetiva quais são os seus prós e contras no processo, e, de forma objetiva, o que é possível e o que não é possível de consentir, não é? Então aqui as cartas estão na mesa, você já vai ter um custo para chegar com esse processo até o final, você pode escolher não investir esse dinheiro para chegar até o final e investir em uma proposta de acordo, enfim. E foi interessante porque o cliente falou: “Olha, nem que eu tivesse que investir o

²⁶² Trabalhos do IV Congresso Internacional de Mediação Empresarial – GEMEP | CBAr. “5 Anos da Lei de Mediação: para onde vamos?” Painel II “*The Mediation Window*”. Organizadores: Bruna Teixeira Macedo, Debora Visconte, Lucas de Medeiros Diniz e Vera Cecília Monteiro de Barros. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2022, p. 51.

dobro, eu não aguento mais, porque é uma questão, para mim, que está física e emocional”, então esse foi um exemplo bastante interessante.

É difícil admitir que decisões equivocadas foram tomadas no passado e que podem ter acarretado o que desencadeou o processo judicial ou a arbitragem. No decorrer dos procedimentos isso pode ficar mais claro e a janela de mediação funciona, portanto, como a saída honrosa para se remediar a situação e buscar uma solução consensual, deixando a cargo do terceiro – o mediador – cuidar, também, da parte emocional que pode ter amadurecido (ou não) durante o litígio.

4.4. Tempo

O tempo em uma disputa assume relevante papel e está correlacionado aos custos financeiros e emocionais.

É sabido que o dinheiro no tempo muda de valor, ou melhor, o dinheiro perde valor ao longo do tempo, em decorrência de fatores como inflação, juros ou correção dos preços. Assim, uma quantia hoje não terá o mesmo poder de compra do que a mesma quantia no futuro.²⁶³

Não é necessário se aprofundar em conceitos econômico-financeiros para perceber, portanto, a importância da relação tempo, processo judicial ou arbitral e dinheiro.

Há que se considerar, ainda, nessa equação, o tempo médio de duração dos processos judiciais de 4 anos e 3 meses²⁶⁴ e dos processos arbitrais estimada em 23,91 meses.²⁶⁵

Nesse contexto, não é difícil concluir que o tempo prolongado de duração do processo judicial ou arbitral afeta o valor do resultado esperado. Não à toa que Luiz Roberto Ayoub²⁶⁶ afirma:

²⁶³ Há diversos estudos econômicos-financeiros sobre “*time value money*” mas o relevante para o presente trabalho é o conceito de ser preferível receber uma quantia no presente do que receber a mesma quantia no futuro. Dentro desse conceito se insere o que se denomina custo de oportunidade,
²⁶⁴ Relatório Justiça em Números 2024 (ano base 2023) - CNJ. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 04 jun. 2024, pp. 16-17.

²⁶⁵ Pesquisa Arbitragem em Números de 2024 (dados de 2022 e 2023). LEMES, Selma. *Pesquisa Arbitragem em Números 2024*. Disponível em: <<https://canalarbitragem.com.br/wp-content/uploads/2024/12/Arbitragem-em-Numeros-2024.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2025.

²⁶⁶ AYOUN, Luiz Roberto. Entrevista CONJUR de 12/02/2025. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2025-fev-12/entrevista-profissionais-do-direito-devem-pensar-nas-consequencias-economicas-de-seus-atos-diz-advogado/>>. Acesso em: 14 fev. 2025.

O tempo é o fator que mais causa malefícios ao Direito e à sociedade. A dinâmica social não compactua com a lentidão. O fator tempo corrói o bom direito. Como mudar isso é um grande desafio, porque temos uma sociedade que é tradicionalmente formada para litigar. Enquanto houver essa cultura do litígio, nós sempre vamos conviver com o fator tempo.

Na dinâmica do processo judicial ou arbitral entram em cena, ainda, outros elementos. Conforme mencionado, certas decisões proferidas no decorrer do processo judicial ou da arbitragem podem modificar o curso dos procedimentos, agregando complexidade não prevista que impacta no tempo de duração da disputa. São exemplos uma perícia contábil para avaliar o valor de uma sociedade, apuração de haveres na dissolução de sociedade ou perícia de engenharia, todas com diversos quesitos a serem respondidos que, sabidamente, podem se alongar durante anos. Mencione-se, ainda, outras circunstâncias como a necessidade de citação de uma parte litisconsorte que pode demorar a ser encontrada.²⁶⁷

Tais questões, mesmo sendo intrínsecas ao desenrolar processual, causam impacto no tempo de duração da disputa. Ocorre que o prolongar do processo judicial ou arbitral o deixa suscetível a outras mudanças que fogem do controle das partes cabendo citar a mudança de contexto de mercado ou de orientação do negócio, oscilação do câmbio, juros, mudança de legislação e/ou regulamentação, mudança dos personagens diretamente envolvidos na origem da disputa ou, até mesmo, o término da obra, do contrato, da concessão, enfim, o término ou a proximidade do término do prazo previsto para a relação continuada que deu origem ao problema inicial.²⁶⁸

A partir do momento em que a disputa se prolonga, fica mais suscetível de ser impactada por mudanças econômicas e/ou sociais. Quanto mais a disputa demora mais ela sofre as consequências de variação da moeda, correção monetária, juros, mudança da legislação e, também, causa consequências como necessidade de provisionamento no balanço, desgaste emocional, dedicação etc. Daí que o fator tempo é, igualmente, causa e efeito.

²⁶⁷ Se a parte residir no exterior haverá necessidade de expedição de carta rogatória no processo judicial, o que pode demorar mais ainda.

²⁶⁸ Imagine um contrato com prazo determinado sobre o qual se iniciou a disputa baseada em determinada cláusula ou multa, mas que, dado o prolongamento do processo judicial ou arbitral, tem o seu prazo findo.

Essas situações intrínsecas ou extrínsecas podem ocorrer de forma isolada ou de forma combinada durante o processo judicial ou arbitral, em fases diferentes e, por vezes, de forma repetida, afetando o tempo esperado de duração da disputa.

Isso sem contar que o tempo de vivência do processo judicial ou arbitral pode se tornar desgastante para a própria parte, o que se correlaciona com o custo emocional (intangível) da disputa. Cada contato que o advogado precisa fazer com o seu cliente em preparação a algum ato processual exige um exercício de dedicação de tempo, memória e emoção que o cliente já não lembra ou não quer recordar.

Outro aspecto do impacto do tempo no fator emocional é o efeito de aplacar o grau de intensidade do litígio (aquele da escala Glasl).

De fato, um dos aspectos observados nas disputas arbitrais é quando se dá a mudança dos personagens envolvidos, ou seja, a troca da pessoa diretamente envolvida no problema que o reputava como visceral. Passado tempo ou quando a pessoa diretamente envolvida no problema se afasta, a disputa já não faz mais tanto sentido. Isso porque, para a pessoa que vivenciou o problema e participou de cada detalhe, cada conversa, cada troca de mensagens e cada resposta (sabe-se lá, ríspida) da outra parte, a questão assume a magnitude demonstrada na escala Glasl que leva à instauração da disputa pela necessidade de derrotar o oponente. Com o passar do tempo essa motivação vai se diluindo.

Com o distanciamento do problema as partes passam a conseguir enxergar os potenciais benefícios de uma solução consensual não vislumbrados ao início da disputa. Não custa rememorar a denominada “armadilha adversarial” mencionada por Faleck²⁶⁹ e descrita por Glasl, que praticamente cega as partes e as impede de cogitar ou, até mesmo, aceitar a sugestão por parte do advogado de eventual solução consensual.

Naquele momento do conflito em que as partes atingiram o ápice de animosidade, a necessidade de derrotar o oponente passa a ser mais importante do que o objeto da controvérsia. Por mais lógicos e racionais que possam ser os argumentos de ponderação para se adotar uma possível solução consensual e tentar evitar a disputa, as partes não estão prontas para ouvir e, muito menos, colocar em prática.

²⁶⁹ FALECK, Diego; SANTOS, Luiz Ricardo de Oliveira. A Janela de Mediação in “*Estudos sobre a evolução da arbitragem e da mediação no Brasil*”. Editora SESI-SP, 1ª ed. São Paulo: 2021, pp. 365-366.

Com efeito, na maioria das vezes as partes não estão preparadas para ouvir nem enxergar os prós e contras de iniciar um processo judicial, arbitral ou a mediação, sendo necessário percorrer o caminho adversarial para, somente após, considerar avaliar a possibilidade de uso de algum método consensual.

Por isso que uma mediação ao início acaba sendo frustrada, pela quase cegueira das partes (explicada pela escala Glasl) em enxergar os benefícios racionais de se evitar o processo judicial ou arbitral.

O tempo percorrido e a vivência dos percalços inerentes aos procedimentos adversariais certamente contribui para essa flexibilização e/ou modificação de percepção.

Passado o tempo os ânimos arrefecem e as partes sentem os custos financeiros e emocionais do processo judicial ou arbitral; é como se o litígio “amadurecesse”.²⁷⁰ Passa-se a ter, assim, um cenário diferente do que o vivido ao início da disputa e, agora, a sugestão da mediação pode ser recebida de outra forma. Refletindo sobre esse aspecto durante o Painel “The Mediation Window” que tive a oportunidade moderar durante o IV Congresso Internacional de Mediação Empresarial GEMEP/CBAr de 2020, César Rossi Machado comenta²⁷¹:

E o que a gente vê bastante na experiência prática é quando a gente se depara com um processo de mediação no contexto de uma arbitragem ou no contexto de uma disputa que prevê arbitragem como forma de resolução, é uma cláusula escalonada, então como é que ela funciona? A gente vai ter uma tentativa de mediação logo no começo da disputa, quando as partes começam a discutir, e, se essa negociação, essa forma consensual, não der certo, a gente parte para o litígio. E é muito difícil a gente ver o cliente pronto logo no começo, como a Liana bem colocou, ele já vem com uma análise de risco e com a solução formada na cabeça dele, que é litigar seja na arbitragem, seja em juízo...ele não está ainda pronto para se submeter a um processo de mediação.

Eu acho que é um outro ponto, e aí eu chamo a responsabilidade para nós advogados, é que muitas vezes, a gente também não está pronto para mostrar a nossa estratégia, nossa argumentação e as nossas armas, então quando eu vejo uma ideia como essa da janela de mediação ser trazida, isso me deixa muito feliz, porque vai ajudar a tirar um pouco da nossa responsabilidade e essa fama que a gente tem, de advogado do contencioso e da arbitragem, de ser um obstáculo para a mediação.

²⁷⁰ Nesse sentido César Rossi Machado pontua:

“Acho que, enxergando essa oportunidade, enxergando maturidade, acho que a palavra é um pouco essa o litígio ele amadurece, então tem um momento que as partes têm maturidade para enxergar coisas que elas não enxergavam no começo”. Trabalhos do IV Congresso Internacional de Mediação Empresarial – GEMEP | CBAr. “5 Anos da Lei de Mediação: para onde vamos?” Painel II: “The Mediation Window”. Organizadores: Bruna Teixeira Macedo, Debora Visconte, Lucas de Medeiros Diniz e Vera Cecília Monteiro de Barros. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2022, p. 52.

²⁷¹ Trabalhos do IV Congresso Internacional de Mediação Empresarial – GEMEP | CBAr. “5 Anos da Lei de Mediação: para onde vamos?” Painel II: The Mediation Window, 2022, p. 45.

Até uma mediação que a gente fez com advogados e o Diego era o mediador, eu aprendi que a gente precisa cansar um pouco as partes e, às vezes, o processo, o adversarial, sem se prender ou cair nessa armadilha, acaba abrindo os olhos de quem ainda não verificou os seus interesses, as suas necessidades. Durante o processo adversarial, essas partes acabam abrindo os olhos e percebendo que existe aí uma janela de oportunidade para negociar.

Nessa linha repousa a conveniência da janela de mediação, por permitir principalmente aos advogados aproveitar determinados momentos no processo judicial e na arbitragem para refazer a análise crítica das chances de êxito e dos rumos do procedimento à luz dos acontecimentos processuais e demais circunstâncias externas, de modo a mostrar ao cliente a conveniência – ou não – de manutenção da disputa nos moldes em que está colocada. É como se a janela de mediação ajudasse o advogado a mostrar ao seu próprio cliente a conveniência de, ao menos se tentar, a solução consensual. Sobre esse aspecto Faleck afirma que²⁷²:

Tem a história também do cansaço, não é? As partes às vezes brigam e tem fatores que alongam a briga, aquela animosidade do começo já até perdeu o sentido, não vale a pena, então às vezes você tem um momento de cansaço das partes, de falta de ânimo de brigar: às vezes, muitos litígios acontecem porque as pessoas têm dificuldade de tomar decisões, então, às vezes, você tem um bom momento, os incentivos aliados para que as empresas, os conselhos, seja quem for, parem e tomem uma decisão por algum motivo contingente, e você tem também a questão da expectativa: quando você abre as cartas na mesa, quando vê como as coisas estão, as expectativas já vão rumo a um lugar um pouco mais certo e, enfim, tenho aqui uma lista de motivos pelos quais, racionalmente, vale a pena você parar e dizer: “Poxa, estou comprometido com uma estratégia de litígio, talvez valha a pena eu dar um passo para trás e mediar”.

Com a janela de mediação no decorrer do processo judicial ou arbitral as partes e seus advogados poderão revisar suas expectativas iniciais frente ao rumo real do processo, levando em conta as circunstâncias ocorridas e, a partir daí, reformular suas expectativas que, não raro, serão diferentes da inicial.²⁷³ A janela de mediação se torna, como diz Faleck, a saída honrosa para corrigir o rumo do processo judicial ou arbitral que pode não mais valer a pena financeira ou emocionalmente, face aos acontecimentos e ao tempo decorrido.

²⁷² Trabalhos do IV Congresso Internacional de Mediação Empresarial – GEMEP | CBAr. “5 Anos da Lei de Mediação: para onde vamos?” Painel II “*The Mediation Window*”. Organizadores: Bruna Teixeira Macedo, Debora Visconte, Lucas de Medeiros Diniz e Vera Cecília Monteiro de Barros. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2022, p. 43.

²⁷³ Faleck chega a afirmar que “Muitas vezes, com o decurso do tempo, a disputa perde o sentido”. FALECK, Diego; Santos, Luiz Ricardo de Oliveira. *A Janela de Mediação in “Estudos sobre a evolução da arbitragem e da mediação no Brasil”*. Editora SESI-SP, 1ª ed.. São Paulo: 2021, p. 368.

5. Como usar a Janela de Mediação

Uma vez delineado porque e quando se deve cogitar o uso *da janela de mediação* em meio ao processo judicial ou arbitragem, incumbe abordar, agora, como colocá-la em prática.

Diversas são as possibilidades em meio aos procedimentos adversariais já instaurados e não há regra, limite nem vedação à quantidade de janelas, podendo ser utilizada mais de uma ao longo de um mesmo procedimento. Faleck chega a recomendar o uso de mais de uma *janela de mediação*, ao constatar que uma janela inicial pode não surtir o efeito desejado.²⁷⁴

Com relação ao formato da janela de mediação Faleck sugere que ela pode ser de três tipos: espontânea, contratual ou institucional.²⁷⁵

Merece atenção, portanto, a forma como a janela de mediação pode ser implementada e é o que se abordará a seguir.

5.1. Natural ou programada

A janela de mediação natural, como o próprio nome denota, é aquela que surge espontaneamente no decorrer de uma arbitragem ou processo judicial, sem haver qualquer tipo de estipulação prévia, nem no contrato nem no termo de arbitragem.²⁷⁶

²⁷⁴ Nesse sentido ele afirma:

“Esse jogo de nervos e a tentativa das partes de alterar as percepções umas das outras sobre a força de seus casos podem necessitar de mais de uma rodada de mediação. A mediação, por vezes, é um processo que serve para educar as partes sobre as reais probabilidades do caso, e para trazer as expectativas das partes para níveis mais realistas. Com frequência, choques de realidades externos, como resultados de perícias, audiências probatórias, decisões interlocutórias, entre outros, ajudam bastante no processo. Ocasionalmente, uma janela de mediação no início do litígio, enquanto as partes ainda não estão maduras com relação à percepção de custos e riscos do processo, pode não ser suficiente. O jogo de nervos e percepções pode necessitar de mais de uma rodada.

É uma prática comum, e uma boa prática, manter a mente aberta durante a arbitragem para a realização de mais de uma janela de mediação no mesmo caso, conforme os eventos do processo se desenvolvem. Muitos casos são resolvidos na segunda janela, ainda mais se o modelo de mediação a ser utilizado for o do ‘settlement in the day’, ou ‘acordo no dia’, em que as partes combinam um modelo de preparação e imersão na mediação, por uma janela de um, dois ou três dias, no máximo. Se não houver acordo no prazo destinado para as tratativas, as partes retornam à arbitragem”.

FALECK, Diego; Santos, Luiz Ricardo de Oliveira. *A Janela de Mediação in “Estudos sobre a evolução da arbitragem e da mediação no Brasil”*. Editora SESI-SP, 1ª ed.. São Paulo: 2021, p. 378.

²⁷⁵ FALECK, Diego. “*Opening mediation widows: role of parties, contracts and institutions*”. in *New York Dispute Resolution Lawyer, a publication of the Dispute Resolution Section of the New York State Bar Association*, vol. 14, nº 01, 2021, pp. 51-54.

²⁷⁶ Como contraponto cabe rememorar que a adoção da arbitragem como forma de solução do conflito decorre da manifestação de vontade das partes através de estipulação contratual, denominada cláusula compromissória, na qual as partes se comprometem a afastar a jurisdição estatal na ocorrência de disputa advinda daquele contrato. O procedimento arbitral é, efetivamente, instaurado após o requerimento de arbitragem e a aceitação dos árbitros, com a assinatura do Termo

Normalmente ela decorre dos fatores abordados no capítulo anterior inerentes ao desenrolar processual, como consequência da instrução probatória com o surgimento de novas informações e/ou novos documentos, alguma decisão liminar ou parcial que leva as partes a repensarem suas estratégias, suas forças e fraquezas e, a partir daí, a cogitarem a busca da solução consensual via mediação.

Ela pode advir, ainda, dos demais fatores extraprocessuais como custo emocional, custo financeiro, além do tempo transcorrido, que igualmente levam as partes a refletirem sobre a conveniência da busca por uma solução consensual em contraposição à manutenção da disputa ²⁷⁷.

Como visto, tais fatores afetam a percepção sobre a disputa e ajudam a calibrar o excesso de confiança inicial sobre a perspectiva de êxito. Nesses momentos as partes e, principalmente, os advogados, percebem a mudança de perspectiva da demanda e a oportunidade de engajar em conversas para instauração da mediação, sabendo que as tratativas iniciais de forma direta não tiveram êxito.

Todos esses momentos podem ensejar a aplicação da janela de mediação, daí a importância de se estar atento ao seu aparecimento bem como aberto a utilizá-la sem alguns dos receios mencionados no capítulo 3.

No entanto, por mais que seja recomendável – e útil – que se esteja aberto à utilização da janela de mediação, é sabido que nem sempre é fácil tomar a iniciativa de aplicá-la.

Chega a ser um paradoxo: o conceito da janela de mediação surgiu para designar o momento (e oportunidade) de se cogitar o uso de um método consensual de resolução de conflito em meio a um método adjudicatório já instaurado por se reconhecer os estigmas que atrapalham o uso espontâneo da mediação e são justamente esses mesmos estigmas que dificultam a aplicação natural da janela de mediação.

de Arbitragem (também denominado Compromisso Arbitral), cujo art. 9º da Lei 9.307/96 estipula que:

“Art. 9º. O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

²⁷⁷ Faleck cita como exemplo a promoção ou contratação de novos executivos, quando há troca do time de advogados ou quando a empresa é adquirida por outra, que muito provavelmente não participou dos eventos que acarretaram a disputa e possuem entendimento e olhar diferente sobre ela. FALECK, Diego; Santos, Luiz Ricardo de Oliveira. *A Janela de Mediação in “Estudos sobre a evolução da arbitragem e da mediação no Brasil”*. Editora SESI-SP, 1ª ed.. São Paulo: 2021, p. 379.

Por isso que se cogita os incentivos de previsibilidade da janela de mediação programada ou, nas palavras de Faleck, da janela de mediação contratual.²⁷⁸

A previsão da janela de mediação, ainda que contratual, difere da cláusula escalonada na medida em que prevê o uso da mediação em meio a um processo judicial ou arbitragem já em curso, com ou sem a sua suspensão, enquanto a cláusula escalonada, como visto, prevê o uso de diferentes métodos de forma sucessiva e não simultânea.²⁷⁹ Ela pode estar inserta na cláusula compromissória, antevendo a possibilidade da mediação incidental à arbitragem e servindo de “*conforto às partes usualmente reticentes a qualquer gesto de concessão*”.²⁸⁰

Esclareça-se, aqui, que a previsão contratual da janela de mediação enfatiza o momento e a oportunidade de se avaliar a conveniência da instauração de uma mediação em meio a outro procedimento já em curso, muito mais do que a obrigatoriedade de realização da mediação propriamente dita. A mera previsão de um momento estipulado para se avaliar a conveniência da busca da solução consensual auxilia os advogados a endereçarem o assunto sem o receio de parecer pouco combativo ou de não acreditar na força do direito do seu próprio cliente.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, Faleck sugere duas modalidades de previsão contratual de janela de mediação: a janela contratual facultativa e a janela contratual obrigatória.

Segundo o autor, na janela contratual facultativa a previsão da estaria inserta em uma cláusula compromissória, que conteria estipulação mediante a qual qualquer das partes teria a faculdade de solicitar ou sugerir a instauração de mediação paralela à arbitragem ou, ao menos, solicitar uma reunião para avaliar a instauração da mediação, devendo a outra parte responder em determinado prazo assinalado se concorda ou não. De acordo com Faleck, “*a mera existência de tal disposição no contrato naturaliza a opção pela mediação, e pode trazer maior conforto para as partes em sugeri-la*”.²⁸¹

²⁷⁸ FALECK, Diego. “*Opening mediation widows: role of parties, contracts and institutions*”. in *New York Dispute Resolution Lawyer, a publication of the Dispute Resolution Section of the New York State Bar Association*, vol. 14, nº 01, 2021, pp. 51-54.

²⁷⁹ Ao passo que na cláusula escalonada cada modalidade de resolução de conflito é adotada de forma sequencial, uma após encerrada a outra.

²⁸⁰ FALECK, Diego. Op.cit., p. 380.

²⁸¹ Ibid., p. 382.

Tal pensamento corrobora exatamente a percepção abordada no capítulo 3 sobre a dificuldade em tomar a iniciativa para a mediação em meio a um procedimento adversarial já instaurado, como o processo judicial ou a arbitragem.

Na janela contratual obrigatória, a seu turno, há a estipulação da realização da reunião de avaliação sobre a pertinência da mediação ou da instauração da mediação propriamente dita em momentos já especificados ou mediante a ocorrência de determinadas circunstâncias do processo arbitral ou processo judicial. Nessa modalidade as partes determinam, de antemão, os momentos (*checkpoints*) e os gatilhos em que consideram relevantes cogitar a mediação, se comprometendo a parar para refletir e, ao menos, cogitar o seu uso ou, até mesmo, se comprometendo a instaurar a mediação em determinadas fases do processo judicial ou da arbitragem.

A diferença entre a janela contratual obrigatória e a janela contratual facultativa é que nessa última há apenas o convite para reunião de avaliação da conveniência da adoção da mediação ou da instauração da mediação, que pode ser recusado pela contraparte. Na janela contratual obrigatória as partes já se comprometem de antemão a se reunir ou a instaurar a mediação nos momentos indicados ou com a ocorrência das circunstâncias pré-definidas.

No tocante à janela contratual obrigatória Faleck ainda afirma que “*essa estrutura, em que as partes são obrigadas a parar e refletir, avançada contratualmente, é capaz de criar momentum para a reflexão e minimizar distorções cognitivas sobre as reais intenções das partes*”.²⁸²

Mas a programação da janela de mediação não precisa constar tão somente de contrato que, usualmente, é celebrado entre as partes antes da instauração do conflito, como sugere Faleck.

A previsão da janela de mediação pode se dar por ocasião da assinatura do termo de arbitragem ou compromisso arbitral²⁸³ mesmo ausente a previsão

²⁸² FALECK, Diego; Santos, Luiz Ricardo de Oliveira. A Janela de Mediação in “*Estudos sobre a evolução da arbitragem e da mediação no Brasil*”. Editora SESI-SP, 1ª ed. São Paulo: 2021, p. 382.

²⁸³ “A convenção de arbitragem tem o condão de instituir o juízo arbitral, sendo o meio pelo qual as partes exercem a opção pela arbitragem. O art. 3º da Lei de Arbitragem dá conta de que a convenção é gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A cláusula compromissória é a ‘convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato’ (art. 4º, caput, da Lei de Arbitragem). Vale dizer, é a convenção inserida em um contrato com objeto mais amplo, por meio da qual as partes, antes de eventual litígio, estabelecem a competência do juízo arbitral para a resolução de conflitos derivados desse contrato (caráter preventivo). Via de regra, a convenção arbitral consistirá em uma cláusula compromissória.

(...)

contratual específica nesse sentido. Claro que dependerá da concordância das partes que, nesse momento, já estarão em litígio, mas da mesma forma em que é usual estipularem o calendário no qual se desenrolará o processo arbitral, também podem prever janelas de mediação em determinados momentos do processo arbitral.

Mas não somente no processo arbitral é facultado às partes definir o calendário, como, também, no processo judicial a calendarização passou a ser permitida, na forma do art. 191 do Código de Processo Civil que assim dispõe:

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

Embora não tão usual quanto na arbitragem, o artigo 191 instituído pelo Código de Processo Civil de 2015 permite às partes, conjuntamente com o juiz, fixarem calendário processual no qual podem inserir a janela de mediação em determinados momentos.

Em termos práticos, vislumbra-se que a janela de mediação, espontânea ou programada, pode ser aplicada nos seguintes momentos²⁸⁴:

- após a audiência de apresentação do caso, se houver, o que é comum de ocorrer em arbitragens – mesmo sendo ao início do procedimento arbitral, após a apresentação do caso de forma oral, detalhada e às vezes até com apresentações elaboradas em vídeos 3D, pode haver uma reavaliação da percepção do caso pelas partes ou, ao menos, o recálculo de certos pedidos;
- após a rodada de apresentação de argumentos como petição inicial, contestação, réplica e tréplica – no processo judicial – ou da primeira rodada de alegações na arbitragem, ocasião na qual as informações

Por sua vez, o compromisso arbitral “é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial (art. 9º da Lei de Arbitragem). Este, ao revés do que ocorre que a cláusula compromissória, se destina a submeter ao juízo arbitral uma controvérsia concreta já existente entre as partes. A cláusula compromissória é anterior, ao tempo que o compromisso arbitral é posterior ao litígio”. VIEIRA DA ROCHA, Caio Cesar e FÁVERO VAUGHN, Gustavo. *Preliminar de Arbitragem no CPC/2015: nova lei, antiga celeuma*. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 52/2017, jan-mar /2017, p. 71-97.

²⁸⁴ A sugestão de tais momentos decorre da experiência na atuação em casos práticos como advogada em arbitragem e processo judicial, bem como da observação de comentários de advogados em eventos sobre ADRs, valendo mencionar o “2nd Brazilian Mediation Day” havido no dia 06/02/2025 em Paris, durante a 20th ICC Mediation Competition Week que contou com a fala de Ricardo Loretti sobre o tema “From Argument to Agreement: Building Better Outcomes on legal Practice”.

estarão mais claras e as partes e advogados passam a deter uma visão mais completa do contexto, do problema e da situação jurídica;

- antes da realização de determinada prova que pode ser demasiadamente custosa, como uma perícia ou demorada, como a oitiva de uma testemunha internacional ou de difícil localização;
- antes da realização da audiência, principalmente arbitral, que comumente dura vários dias e requer muita preparação tanto dos advogados quanto das partes envolvidas como, também, da audiência no processo judicial;
- após a realização da audiência seja arbitral ou judicial, na qual se tem a perspectiva das provas nela produzidas;
- após o término da fase instrutória como um todo, como por exemplo, não apenas a realização da audiência onde pode ter havido prova oral, mas como após a conclusão de uma perícia laudo pericial;
- após a bifurcação de um procedimento arbitral ou de uma decisão liminar em processo judicial;
- quando os argumentos de parte a parte foram apresentados, se tem a almejada simetria de informações e as teses já foram testadas pelo julgador – arbitral ou judicial – seja mediante a prolação da sentença, seja mediante um laudo pericial, por exemplo. Saber como os seus argumentos foram interpretados pode representar um incentivo ao uso da *janela de mediação*;
- após a sentença de mérito e antes da interposição do recurso, ocasião na qual será preciso avaliar as chances efetivas do recurso *versus* os seus custos²⁸⁵

Por fim, além das estipulações pelas partes, conforme se verá adiante, as instituições de arbitragem e mediação também podem auxiliar na previsão da janela de mediação.

²⁸⁵ No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, as custas de recurso de apelação correspondem, a 0,25% do valor da causa, sendo mínimo de R\$ 2,66 e máximo de R\$ 478,85 incidindo, ainda, 4% sobre o valor da causa a título de taxa judiciária, o que pode representar valor significativo para interposição do recurso de apelação.

5.2. Mediador reserva

Pesquisa realizada no primeiro semestre de 2021 pelos alunos da disciplina de mediação e arbitragem do curso de graduação em direito da FGV Direito SP, sob coordenação de Daniela Monteiro Gabbay, analisou as oportunidades para uso da mediação no curso do processo arbitral.²⁸⁶

A pesquisa foi realizada por meio de *survey* eletrônica e coletou respostas de 162 (cento e sessenta e duas) pessoas graduadas em Direito que trabalham e/ou estudam arbitragem e/ou mediação privada.

Dentre as possibilidades de janela de mediação a pesquisa deu especial ênfase à mediação paralela à arbitragem sob a ótica do mediador reserva, “*que é escolhido no início do procedimento e fica à disposição das partes para atuar no decorrer de todo o procedimento arbitral e não só em um período específico*”.

Conforme destaca Gabbay, a “mediação reserva” se diferencia da janela de mediação que abordamos até o momento na medida em que a “mediação reserva” tem o objetivo de “*estar presente durante todas as fases da arbitragem e não apenas em um período específico; ou seja, o mediador reserva está à disposição das partes para atuar no decorrer de todo o procedimento.*”²⁸⁷

O conceito da “mediação reserva” foi inspirado na figura do “*mediator-in-reserve*” contido no regulamento da conceituada instituição americana JAMS – *Judicial Arbitration and Mediation Services* que prevê um mediador à disposição das partes para ajudá-las a qualquer momento do procedimento arbitral mediante a concordância de todos os envolvidos. Ainda de acordo com a previsão da instituição americana as partes não incorrerão em custos pela escolha nem indicação do mediador reserva e somente pagarão pelos serviços quando o utilizarem.

Aspecto digno de nota que Gabbay destaca sobre o mediador reserva nos termos do regulamento do JAMS, é que o profissional não é informado da sua escolha pelas partes até que elas decidam utilizar, efetivamente, a mediação, podendo, ainda, alterar, de comum acordo, a escolha do mediador inicialmente feita. Ainda segundo as regras do JAMS mencionadas por Gabbay a efetiva utilização do

²⁸⁶ GABBAY, Daniela. “Análise Empírica sobre oportunidades para mediação no curso da arbitragem no Brasil”. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 73/2022, pp. 137-165, abr-jun/2022, p. 2.

²⁸⁷ Ibid., p.3.

mediador reserva não é obrigatória e, quando ocorre, os árbitros não são informados da instauração da mediação nem da identidade do mediador.²⁸⁸

Na ausência de disposição específica, Gabbay sugere que a “mediação reserva” seja adotada no Brasil tal qual a janela de mediação espontânea ou contratual sugeridas por Faleck, por também se inserir no espectro do exercício da autonomia da vontade das partes:

Ao escolherem desde o início o mediador para estar à sua disposição para auxiliar na solução consensual do conflito, as partes afastam a preocupação de passar ideia de fraqueza caso queiram começar um procedimento de mediação no curso da arbitragem. Ademais, as partes já têm ciência e já acordaram como e quem irá assessorá-las, de modo que o início do procedimento se torna mais célere do que caso as partes tivessem que decidir sobre o mediador após optarem por utilizar a mediação.²⁸⁹

No mais, a se aplicar a “mediação reserva” à legislação brasileira, ficam mantidas a confidencialidade de todo o procedimento de mediação e dos documentos e informações nela produzidos (artigo 30 da Lei de Mediação), bem como o impedimento do mediador, seja para atuar como árbitro, funcionar como testemunha (art. 7º da Lei de Mediação) ou para assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes pelo período de um ano (art. 6º da Lei de Mediação), tal como ocorre em qualquer mediação e conforme previsão legal da Lei de Mediação.

Como resultado da pesquisa sobre a sugestão de uso do “mediador reserva” destacam-se as seguintes respostas:

- Recomendação do mediador reserva escolhido consensualmente pelas partes para ficar à disposição no curso do procedimento arbitral, por um custo fixo mínimo – 16% não recomendariam e 84% recomendariam;
- Objeto de atuação do mediador reserva – 32,7% responderam que deveriam ser questões referentes ao procedimento como, por exemplo, fixação dos pontos controvertidos, elaboração da prova, bifurcação do procedimento arbitral e 67,3% responderam que deveriam ser questões de mérito da disputa;

²⁸⁸ GABBAY, Daniela. “Análise Empírica sobre oportunidades para mediação no curso da arbitragem no Brasil”. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 73/2022, pp. 137-165, abr-jun/2022, pp. 3-4.

²⁸⁹ Ibid., p. 4.

- Momento para atuação do mediador reserva – 35 pessoas responderam após eventual sentença parcial, 37 pessoas responderam durante a fase postulatória, 48 pessoas responderam durante a fase instrutória e 80 pessoas responderam ao início do procedimento arbitral;
- Vantagens da mediação paralela ao procedimento arbitral - 92 pessoas identificaram como vantagem a redução dos custos da arbitragem caso as partes cheguem a um acordo, 77 pessoas identificaram a redução do tempo para resolução da controvérsia, 66 pessoas identificaram o aumento da eficiência procedimental e 54 pessoas identificaram a redução das incertezas que envolvem a decisão arbitral como vantagens;
- Desvantagens da mediação paralela ao procedimento arbitral – 38 pessoas identificaram o potencial alongamento do período da disputa, 53 pessoas identificaram possíveis custos incorridos com a adoção do mediador reserva e 89 pessoas identificaram a desconfiança mútua das partes e o receio de compartilhar informações durante a mediação que possam vir a ser posteriormente utilizadas no decorrer do litígio, fruto do ambiente adversarial;
- Suspensão do procedimento arbitral quando a mediação reserva é iniciada – 63 pessoas responderam negativamente à suspensão e 99 pessoas responderam afirmativamente pela suspensão;

Importante destacar, ainda, que por ser a “mediação reserva” paralela e concomitante ao procedimento arbitral pode ser requerida – ou não - a suspensão da arbitragem, o que será abordado no tópico seguinte.

5.3. Suspensão dos procedimentos já instaurados

A suspensão – ou não – da arbitragem ou do processo judicial para instauração da mediação incidental gera controvérsia entre os usuários sendo alguns a favor e outros contra a paralisação dos procedimentos por determinado período.

Aqueles que são a favor da suspensão dos procedimentos adjudicatórios já em curso (como a arbitragem e o processo judicial) consideram salutar não haver atividade processual enquanto perdurar a mediação, para que não haja risco de contaminação das partes com a postura adversarial inerente às petições apresentadas

em tais procedimentos comumente são recheadas de adjetivos e acusações, nem haja a surpresa de decisões interlocutórias que possam vir a acirrar os ânimos, como determinações de busca e apreensão, reintegração de posse, exibição de documentos, retirada de *sites* do ar, impedimento de voto de acionista, enfim, apenas para citar alguns exemplos.

De outro lado, há os que temem o retardo da arbitragem ou do processo judicial em curso e defendem a sua continuidade em paralelo à instauração da mediação, conduzida por outro profissional.

Tomando por base o cenário do processo judicial em que determinados atos demoram a ser praticados, como perícia e designação de audiência de instrução com oitiva de testemunhas, a suspensão do processo na pendência da realização de tais atos pode vir a acarretar retardo na marcha processual que não conseguiria ser recuperado caso a mediação não vier a resolver toda a disputa. Daí que a suspensão obrigatória do processo judicial para a instauração da mediação incidental poderia vir a ser reputada um revés, ao contrário de benéfica.

Ocorre que a redação literal do artigo 16 da Lei de Mediação autoriza a instauração da mediação em meio ao processo judicial ou arbitral nos seguintes termos:

Art. 16. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

§1º É irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes.

§2º A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro.

Da leitura do dispositivo legal denota-se a utilização do verbo – requererão - dando a ideia de ser mandatória a suspensão do processo judicial ou da arbitragem para a instauração da mediação incidental.

Conforme antes mencionado no capítulo 2, ao abordar a janela de mediação com base nos primeiros estudos elaborados pelo CEDR e no contexto da jurisdição americana, em que o mesmo profissional poder vir a desempenhar o papel de árbitro e mediador²⁹⁰, Edna Sussman sugere a suspensão da arbitragem para permitir que

²⁹⁰ Embora não seja recomendada a cumulação das funções de árbitro e mediador, por questões éticas e de acesso a informações sensíveis, não há óbice formal na legislação americana tal como o art. 7º da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) brasileira.

as partes se concentrem na mediação e na busca efetiva de soluções sem precisar se preocupar simultaneamente com suas posições adversariais na arbitragem.²⁹¹

Já quando o mediador é profissional diferente do árbitro, o que a maioria recomenda, Sussman admite o transcurso da mediação em paralelo à arbitragem, sugerindo, até mesmo, a sua previsão no calendário arbitral de modo que não atrapalhe o seu curso.²⁹²

É sabido que, no Brasil, não é admitido cumular a função de árbitro e mediador em um mesmo procedimento²⁹³, o que afasta o risco considerado pelo CEDR de o mesmo profissional ouvir certas informações das partes de forma confidencial e, caso a mediação não encerre a disputa, precisar proferir decisão arbitral a respeito daquela mesma matéria.

Ao sugerir a “mediação reserva” Gabbay considera que a decisão sobre a suspensão do processo judicial ou da arbitragem se insere na esfera da autonomia da vontade das partes que poderiam, portanto, decidir de forma diversa.²⁹⁴

Com efeito, diversos debates surgiram sobre a incompatibilidade da disposição legal praticamente imperativa – mediante o verbo requererão a suspensão - com o princípio da autonomia da vontade. Afinal, tanto na mediação quanto na arbitragem o princípio da autonomia da vontade se faz presente.

Na arbitragem ele se manifesta desde a escolha pelo afastamento da jurisdição estatal e adoção da jurisdição arbitral, na qual não há instância recursal, passando pela escolha do número de árbitros, do idioma e da lei aplicáveis, da instituição e local. Na mediação, a autonomia da vontade se manifesta pela vontade de iniciar e permanecer em mediação, de escolher as matérias levadas à mediação e pela forma com que se desenrolará o procedimento, constituindo princípio previsto tanto no art. 2º, V da Lei de Mediação quanto no art. 166 do Código de Processo Civil.

²⁹¹ SUSSMAN, Edna. “*The Mediation Window: An Arbitration Process Measure to Facilitate Settlement*”. New York Dispute Resolution Lawyer, a publication of the Dispute Resolution Section of the New York State Bar Association, vol. 13, nº 01, 2020, p. 20.

²⁹² SUSSMAN, 2020, p. 20

²⁹³ Vide art. 7º da Lei de Mediação.

²⁹⁴ GABBAY, Daniela. “*Análise Empírica sobre oportunidades para mediação no curso da arbitragem no Brasil*”. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 73/2022, pp. 137-165, abr-jun/2022, p. 5.

Foi assim que, durante a II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal realizada no ano de 2021 foram elaborados dois enunciados sobre o tema com o seguinte teor e respectivas justificativas:

➤ **Enunciado 198**

A suspensão do processo arbitral ou judicial para iniciar a mediação, com ou sem previsão de cláusula contratual, deve ser compreendida como uma faculdade dos mediandos.

Justificativa: Com base na autonomia da vontade, princípio da mediação, deve ser lida como faculdade a suspensão do processo arbitral ou judicial em curso, podendo a mediação ocorrer em paralelo, quando houver interesse dos mediandos em que os prazos e o fluxo continuem fluindo.

➤ **Enunciado 216**

As partes, se assim desejarem e manifestarem expressamente, poderão se submeter à mediação em qualquer fase do procedimento arbitral ou judicial, independentemente da suspensão do procedimento.

Justificativa: Muitas vezes, ao se depararem com um conflito as partes tentam negociar de forma direta, sem sucesso. Mesmo quando há cláusulas escalonadas prevendo mediação previamente à arbitragem ou ao processo judicial, a sua utilização em momento prematuro não traz o resultado positivo de dirimir o conflito. A experiência tem demonstrado que os resultados da mediação são mais positivos após uma série de circunstâncias no decorrer do processo arbitral e judicial, como maior obtenção de informações, colheita de provas, amadurecimento do conflito, percepção da tese da outra parte ou, até mesmo, alguma decisão liminar ou parcial. A flexibilidade dos métodos de resolução de conflitos deve permitir a adoção de mais de um deles, quando fruto da autonomia da vontade das partes manifestada de forma expressa e mediante decisão informada. Diga-se, ainda, que se pode resolver por mediação alguns tópicos sem esgotar todo o conflito, que perdurará para ser resolvido no processo judicial ou arbitral. Sabendo, ainda, que é permitida a celebração de acordo a qualquer tempo do processo judicial ou arbitral, a menção à suspensão do processo tal como prevista no art. 16 da Lei n. 13.140/2015 constitui um entrave ao uso da mediação (vide art. 21, §4º c/c art. 28 da Lei n. 9.307/96 e art. 3º do CPC).

Vê-se, portanto, que os referidos enunciados atribuem caráter facultativo à suspensão do processo judicial ou da arbitragem enquanto perdurar a mediação incidental, flexibilizando a interpretação ao artigo 16 da Lei de Mediação.²⁹⁵

²⁹⁵ Tal solução parece ir ao encontro da prática, conforme salientado por Faleck:

“O que eu tenho visto bastante são mediações incidentais em arbitragens e litígios, e uma coisa que eu tenho visto muito é que as partes não querem parar o procedimento de arbitragem, então você medeia, mas deixa o processo ir andando, para você também não perder tempo. Tem sido, na maioria dos casos, uma preocupação, mas isso tem surgido bastante assim, dizer: “Olha, a gente tem tal período, porque vai ter, depois de certo tempo algum evento e vai ter que apresentar tal coisa”, então tem esse tempo, vamos tentar, mas não vamos parar o processo e, basicamente, eu tenho feito quase que a maioria dos casos na sombra de uma arbitragem em andamento, tem sido normal isso”.

Como se depreende das justificativas antes transcritas, não apenas fere o princípio da autonomia da vontade das partes determinar a suspensão obrigatória do processo já em curso – judicial ou arbitral – como o tempo perdido com a paralisação do processo judicial ou arbitral pode constituir um fator de desincentivo para a busca da solução consensual.

Dessa forma, deve ser faculdade das partes suspender ou não o processo judicial ou arbitral já em curso para tentativa de mediação incidental, sabendo dos riscos inerentes à potencial realização de atos processuais nesse interregno. Não custa lembrar que, mesmo na hipótese de suspensão, ficam resguardadas as medidas urgentes pelo juiz ou pelo árbitro, a teor do §2º do art. 16 da Lei de Mediação.

Situação totalmente diversa que é aquela em que as partes, previamente estipulam em cláusula contratual escalonada med-arb ou med-jud que se submeterão à mediação durante um certo período antes de instaurar o processo judicial ou arbitragem.

Isso significa que as partes, espontaneamente, se comprometeram mediante contrato e antecipadamente à existência do conflito a se submeterem à mediação por determinado período antes de recorrerem à via judicial ou arbitral. Nessas situações, que não constituem janelas de mediação nem mediação incidental, caso seja ajuizado processo judicial ou instaurada arbitragem sem observância do convencionado entre as partes – a submissão à mediação e/ou o tempo decorrido -, o processo judicial ou a arbitragem deverão ser suspensos, resguardadas as medidas urgentes que se fizerem necessárias. É o que prevê o artigo 23 da Lei de Mediação.²⁹⁶

Trabalhos do IV Congresso Internacional de Mediação Empresarial – GEMEP | CBAr. “5 Anos da Lei de Mediação: para onde vamos?” Painel II “*The Mediation Window*”. Organizadores: Bruna Teixeira Macedo, Debora Visconte, Lucas de Medeiros Diniz e Vera Cecília Monteiro de Barros. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2022, p. 50.

²⁹⁶ “Art. 23. Se, em previsão contratual de cláusula de mediação as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito”.

Nesse mesmo sentido o **Enunciado 21** da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal:

“É facultado ao magistrado, em colaboração com as partes, suspender o processo judicial enquanto é realizada a mediação, conforme o art. 313, II, do Código de Processo Civil, salvo se houver previsão contratual de cláusula de mediação com termo ou condição, situação em que o processo deverá permanecer suspenso pelo prazo previamente acordado ou até o implemento da condição, nos termos do art. 23 da Lei n.13.140/2015”.

5.4. Papel do juiz e do árbitro

O Código de Processo Civil de 2015 representa verdadeiro marco na integração entre os métodos de resolução de conflitos na medida em que contém diversos estímulos à adoção da autocomposição pelo magistrado, em clara demonstração de que a opção pela via judicial, com o início do processo, não constitui um caminho sem volta.

Muito pelo contrário, os §§2º e 3º do artigo 3º do Código de Processo Civil consagram a relevância da busca pela solução consensual, que foi encampada pela legislação processual.²⁹⁷

Tanto é assim, que além do estímulo previsto no §3º do art. 3º do Código de Processo Civil, o art. 139, V da lei processual prevê que *incumbe ao juiz “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”*.

E mais, o artigo 359 do CPC ainda dispõe que, uma vez instalada a audiência, *“o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem”*. Eis, aí, mais uma demonstração de que, mesmo tendo sido iniciada a via heterocompositiva do processo judicial, há, ainda, possibilidade de uso dos

²⁹⁷ Nesse sentido, Fredie Didier afirma:

“As balizas que orientaram a concepção da política nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses (‘problemas jurídicos’) pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução n. 125/2010) foram acolhidas e aprofundadas pelo legislador no processo de elaboração do Código de Processo Civil de 2015, tendo a promoção da solução consensual sido consagrada como norma fundamental do processo.

Isso é, de um lado, curioso, porque a um CPC se costuma destinar o papel de regular o exercício da atividade jurisdicional, e, de outro, sintomático, porque revela, com clareza, que o ‘processo’, atualmente ao menos entre nós, brasileiros, deve ser compreendido como método para a solução de problemas jurídicos, não necessariamente por meio da jurisdição, que deixa de ser compreendida como via preferencial para essa finalidade.

(...)

O dispositivo simboliza, então, uma mudança substancial de paradigma no sistema brasileiro de justiça e, ao fazê-lo, incentiva uma transformação cultural – *da cultura da sentença para a cultura da paz*.

(...)

O art. 3º, §2º, do CPC consiste em uma diretriz central do sistema brasileiro de justiça multipartas, que, por opção legislativa, reconhece a autocomposição como modo preferencial para a solução de problemas jurídicos.

O *caput* e o §2º do art. 3º do CPC devem ser interpretados em conjunto. Isso significa que, sempre que compatível com as circunstâncias do caso, o processo – não somente o judicial – deve garantir meios que favoreçam a autocomposição, sob pena de concretização insuficiente do direito de acesso à justiça. O conteúdo jurídico de categorias tradicionais, como o interesse de agir e o devido processo, deve ser repensado à luz dessa orientação”. DIDIER JR, Fredie. FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à Justiça Multipartas: Sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à Justiça no Brasil*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, pp. 128-129.

métodos autocompositivos, cabendo ao juiz não apenas estimular a solução consensual como, ainda, conduzir diretamente a conciliação em diversas fases do processo judicial.²⁹⁸

Há que se diferenciar o estímulo por parte do julgador da condução propriamente dita de métodos consensuais pelo próprio juiz ou árbitro, para não macular a neutralidade necessária ao exercício da função decisória.

Como visto, é autorizado ao juiz conduzir diretamente a conciliação, por ser o papel do conciliador superficial do que o papel exercido pelo mediador, na medida em que aproxima a negociação entre as partes que, acaso infrutífera, não chega a interferir na neutralidade que se espera do julgador.

Já o mediador utiliza técnicas como *caucus* para ouvir e entender das partes sobre seus reais interesses na disputa, margem de negociação mínima e máxima e, assim, possibilitar a negociação com a criação de opções de solução que constituem informações confidenciais que, uma vez reveladas e acaso não seja alcançada a composição, podem vir a interferir na decisão do julgador e macular sua neutralidade.

Por isso há maior cautela na atuação do juiz e do árbitro como mediador do que como conciliador²⁹⁹, não sendo considerada salutar a atuação de quem pode vir a ter acesso a informações confidenciais que talvez nunca viessem à tona no ambiente litigioso, mas que, depois de reveladas, podem vir a interferir na neutralidade do julgamento.³⁰⁰

²⁹⁸ É facultado ao juiz conduzir diretamente a conciliação, mas não a *mediação*. Nesse contexto foi elaborado o seguinte Enunciado na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios:

Enunciado 16: “O magistrado pode, a qualquer momento do processo judicial, convidar as partes para tentativa de composição da lide pela mediação extrajudicial, quando entender que o conflito será adequadamente solucionado por essa forma”.

²⁹⁹ “De modo preciso, Kazuo Watanabe faz distinções entre ambos: na mediação, o terceiro neutro ‘procura criar as condições necessárias para que as próprias partes encontrem a solução’, não intervindo no sentido de adiantar alguma proposta de solução; na conciliação, o terceiro interfere um pouco mais ao tentar apaziguar as partes, podendo ‘sugerir algumas soluções para o conflito’”. *apud* TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, pp. 53-54.

³⁰⁰ No tocante a esse aspecto Trícia Navarro assim pontua:

“Nesse contexto, deve ficar consignado que o juiz poderá realizar a conciliação, mas não a mediação. Isso porque a mediação, além de exigir o conhecimento de técnicas de autocomposição bem mais profundas, enseja a busca pelo pano de fundo do conflito judicializado, o que, de fato, pode acabar comprometendo a imparcialidade do julgador. Dessa forma, se o juiz estiver realizando uma conciliação e perceber que a controvérsia envolve sentimentos e relações mais profundas ou continuadas, deverá encerrar o ato e encaminhar o feito para o mediador capacitado, evitando qualquer contaminação com questões que não foram disponibilizadas nas peças processuais”.

NAVARRO, Trícia. Papéis dos Atores na Mediação: Juiz, in CURY, Cesar; MUNIZ, Daniela (coords.). *Manual de justiça multipartas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024, p. 302.

Dá ser permitido ao juiz atuar como conciliador, mas não indicada a sua atuação diretamente como mediador.

O papel do árbitro no estímulo e incremento dos métodos consensuais suscita ainda mais questionamentos, por se tratar do exercício extrajudicial da atividade jurisdicional por terceiro(s).

Adicione-se, ainda, o fato de algumas jurisdições estrangeiras³⁰¹ facultarem ao árbitro transitar entre as funções de julgador e mediador, o que é proibido no Brasil, a teor do art. 7º da Lei de Mediação.^{302 303}

No entanto, não se deve confundir a proibição de o árbitro atuar como mediador e vice-versa, com a previsão do §4º do artigo 21 da Lei de Arbitragem³⁰⁴ segundo a qual o árbitro deve tentar promover a conciliação entre as partes ao início do procedimento arbitral.

Embora, na prática, seja pouco usual a atuação do árbitro no sentido de promover a conciliação entre as partes, não se vislumbra risco à neutralidade nem imparcialidade em tal atuação, tal como ocorre com a função do mediador.

Desde os primeiros estudos estrangeiros sobre o uso integrado entre os métodos de resolução de disputas - que se denominou *mixed modes* – o papel do juiz e do árbitro no incentivo e aplicação de métodos consensuais em meio aos métodos adversariais suscita questionamentos e reflexões.

Se trata praticamente de uma questão filosófica, se cabe ao árbitro exercer única e exclusivamente a função jurisdicional adjudicatória para a qual ele foi nomeado pelas partes, qual seja, a de decidir a disputa com base nos argumentos, provas e direito apresentados, ou se cabe a ele, ir além e ajudar a resolver o problema mediante resolução consensual.

³⁰¹ Como Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha, China, Taiwan, Australia, Hong Kong, Singapura, Índia e Japão.

³⁰² “Art. 7º O mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador”.

³⁰³ No tocante a esta proibição legal Faleck chega a afirmar que “está em linha com a visão preponderante de que é mais aconselhável que as partes escolham como mediador outro profissional que não o árbitro. Isso permitirá às partes engajar no processo de mediação sem os vários constrangimentos que invariavelmente se sucederão quando o terceiro neutro sem poder decisório (mediador) for, simultaneamente, o terceiro neutro com todo o poder decisório (árbitro)”. FALECK, Diego; SANTOS, Luiz Ricardo de Oliveira. A Janela de Mediação in “*Estudos sobre a evolução da arbitragem e da mediação no Brasil*”. Editora SESI-SP, 1ª ed.. São Paulo: 2021, p.386.

³⁰⁴ “Art .21, §4º. Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação entre as partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei”.

A postura tradicional e, até então, predominante por parte dos árbitros era de que o seu papel é, única e exclusivamente, proferir a decisão no exercício da função jurisdicional que lhes foi atribuída pela autonomia da vontade das partes.³⁰⁵ Nessa conformidade, as partes têm a liberdade de negociar e transacionar sobre o objeto da arbitragem a qualquer momento, mas não é algo com o que o Tribunal Arbitral deva se envolver, promover ou encorajar.

Desde 2016 o IMI - *International Mediation Institute* vem estudando formas de aplicação da combinação entre os métodos adjudicatórios e consensuais de resolução de disputas - os denominados *mixed modes* - sem se circunscrever à aplicação sequencial e excludente entre eles, tal como estipulado na maioria das cláusulas escalonadas.

A partir daí, o IMI instaurou a *International Task Force on Mixed Mode Dispute Resolution* tendo por escopo a análise dos cenários de aplicação da combinação dos métodos heterocompositivos com os autocompositivos.

O Grupo de Trabalho nº 4 (*Working Group 4*) da *Task Force* do IMI se ocupou justamente da análise das técnicas que poderiam vir a ser utilizadas pelos árbitros na condução do processo arbitral buscando maior efetividade em termos de tempo, custo e solução consensual, sem implicar no intercâmbio de funções do árbitro atuar como mediador.³⁰⁶

Tal estudo submeteu questionário a 75 (setenta e cinco) árbitros de diferentes jurisdições e obteve as seguintes respostas:

- apresentam às partes a possibilidade de acordo durante a primeira conferência arbitral?

Respostas: 56% “sim” e 44% “não”;

- apresentam às partes a possibilidade de acordo mais tarde, quando já avançado o processo arbitral?

Respostas: 62% “sim” e 38% “não”;

³⁰⁵ Que, no Brasil, se equipara à sentença e, portanto, possui natureza de título executivo judicial, a teor do artigo 515, VII do Código de Processo Civil.

³⁰⁶ IMI – *International Mediation Institute*. “*Arbitrator Techniques and their (direct or potential) effect on settlement*”. Disponível em: <<https://imimediation.org/2021/05/04/arbitrator-techniques-and-their-direct-or-potential-effect-on-settlement/>>. Acesso em: 27 out. 2024.

- programam uma *janela de mediação* na qual as partes avaliam o uso da mediação em determinado momento do processo arbitral?

Respostas: 24% “sim” e 76% “não”;

- definem, propriamente, uma *janela de mediação* em determinado momento do processo arbitral no qual as partes instauram efetivamente uma mediação?

Respostas: 12% “sim” e 88% “não”.

Embora o esclarecimento e, até mesmo, encorajamento às partes por parte dos árbitros sobre a possibilidade da adoção da janela de mediação seja salutar, não chega a ser suficiente para colocar em prática, efetivamente, o uso da mediação em meio ao processo arbitral. Ainda persiste o conhecido receio de se dar o primeiro passo e transparecer fraqueza da posição ou da tese jurídica ou, ainda, admissão de menor chances de êxito na disputa.

Daí que a previsão antecipada da janela de mediação quando da primeira conferência com as partes que, no Brasil, costuma ser por ocasião da assinatura do termo de arbitragem, acaba sendo mais efetiva por possibilitar o uso da mediação, seja prevendo uma janela de mediação para instauração da mediação propriamente dita ou, ao menos, contendo a previsão de um período pré-estabelecido, no qual se deva avaliar a pertinência do uso da mediação.

Ainda de acordo com o referido estudo do *Working Group 4* da *Task Force* do IMI, o momento indicado para se estipular a janela de mediação é quando as partes forem capazes de avaliar realisticamente suas posições, com base nos fatos e no direito, levando em consideração os dados apresentados durante o processo arbitral (e consideramos o mesmo raciocínio aplicável ao processo judicial).

Nesse sentido que se questiona a atuação do árbitro no que diz respeito à demonstração às partes uma visão mais realista sobre a disputa que possa ajudar a recalibrar o conhecido excesso de otimismo. De fato, o estudo elaborado pelo referido *Working Group 4* da *Task Force* do IMI concluiu que, habitualmente, as

partes e seus advogados possuem vieses de falha de previsão excessivamente confiantes sobre as chances em uma disputa³⁰⁷

Sabendo, assim, que se torna mais viável cogitar a solução consensual na medida em que as partes e advogados possuam elementos sobre as suas chances de vitória ou derrota e das consequências jurídicas, o papel dos árbitros assume ainda maior relevância.³⁰⁸

Tais aspectos não passaram despercebidos pelas instituições provedoras dos serviços de administração de arbitragem e mediação, as denominadas Câmaras, que vêm elaborando estudos e relatórios com sugestões de incentivos para aplicação combinada entre os métodos.

Tanto é assim, que em julho de 2023, a ICC – *International Chamber of Commerce* lançou o relatório denominado *Facilitating Settlement in International Arbitration*.³⁰⁹ O relatório analisa a evolução do papel dos árbitros na promoção da solução consensual da disputa e concluiu que o debate não gira mais em torno de “se” os árbitros ou as instituições arbitrais devem adotar medidas para facilitar o acordo, o que já é aceito, mas, sim, sobre “como” devem fazê-lo.

Uma das primeiras sugestões indicadas pela ICC desde os primórdios de seus estudos em 2007, no relatório “*Controlling Time and Costs in Arbitration*”³¹⁰, é a realização de uma “*early case management conference*” ou, em tradução livre, “*audiência ou conferência inicial de gestão do processo*”, na qual o tribunal arbitral deve esclarecer às partes que, mesmo estando instituído o processo arbitral, elas têm a liberdade de transacionar o objeto da disputa, no todo ou em parte, a qualquer momento, utilizando-se de métodos consensuais como a negociação direta ou com auxílio de terceiros, como o mediador.

³⁰⁷ Chegam a interpretar evidências de modo a manter suas crenças iniciais, seja por vaidade, egocentrismo ou pela escalada do conflito tal como demonstrado por Glasl.

³⁰⁸ Nesse sentido é o teor do **Enunciado 169** da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios:

“A qualquer momento do procedimento arbitral, as partes podem ser convidadas para a mediação, especialmente quando a complexidade do conflito puder ser reduzida, esclarecida ou mesmo solucionada por esse método”.

³⁰⁹ ICC – *International Chamber of Commerce*. “*Facilitating Settlement in International Arbitration Report*”. Disponível : <<https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/new-report-and-guide-to-drive-thought-leadership-in-dispute-prevention-and-resolution/>>. Acesso em: 12 mai. 2024.

³¹⁰ ICC – *International Chamber of Commerce*. “*Controlling Time and Costs in Arbitration*”. Disponível em: <<https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2018/03/861-2-ENG-Controlling-Time-and-Costs-in-Arbitration.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2024.

Ao longo dos anos esta sugestão evoluiu até ser incorporada ao Regulamento de Arbitragem da ICC – Apêndice IV, lançado em 2021 que, ao invés de simplesmente prever que os árbitros podem informar às partes que elas têm a liberdade de transacionar a qualquer momento do processo arbitral, os árbitros passaram a ser autorizados a incentivar propriamente as partes a considerarem a possibilidade de acordo.³¹¹

Embora sutil, a mudança de redação – de mera informação para sugestão - contém mensagem significativa de permitir aos árbitros uma atuação mais proativa na promoção da facilitação da solução consensual³¹² sem que implique perda da neutralidade que deles se espera.

Não se pode perder de vista que a função primordial do tribunal arbitral é a de exercer a jurisdição que lhes foi atribuída para proferir uma decisão adjudicatória e que, portanto, os incentivos à solução consensual não devem comprometer a validade e exequibilidade da sentença que vier a ser proferida, nem abrir brechas para questionamentos sobre sua neutralidade e/ou imparcialidade.

Mas, a partir do momento em que passa a estar prevista no Regulamento de Arbitragem, a possibilidade de sugestão por parte do tribunal arbitral de uso da janela de mediação não constituirá surpresa nem suscitará questionamentos sobre os limites da atribuição dos árbitros.

Edna Sussman, uma das pioneiras no estudo dos *mixed modes* e das janelas de mediação, promoveu palestra no Brasil em outubro de 2024³¹³ na qual abordou justamente os limites do papel do árbitro na promoção das janelas de mediação em meio ao processo arbitral.³¹⁴

³¹¹ “h) Transação de litígios:

- (i) incentivar as partes a considerar a possibilidade de acordo para o total ou parte do litígio, quer por negociação, quer por qualquer outra forma amigável de resolução de controvérsias como, por exemplo, mediação segundo o Regulamento de Mediação da CCI.
- (ii) quando assim tiver sido estipulado entre as partes e o tribunal arbitral, este poderá adotar medidas para facilitar a obtenção de acordo sobre o litígio, desde que todo o possível seja feito para assegurar que qualquer sentença arbitral posterior seja executável perante a lei”.

ICC – *International Chamber of Commerce* – Regulamento de Arbitragem – Apêndice IV. Disponível em: <<https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2023/06/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-portuguese-version.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2024.

³¹² Não que isso signifique a condução de uma mediação pelos próprios árbitros, o que se distingue do encorajamento à sugestão de aplicação da Janela de Mediação.

³¹³ Durante o XI Congresso de Arbitragem da CAM-CCBC realizado em São Paulo.

³¹⁴ Em seu precursor artigo “*The Mediation Window: An Arbitration Process Measure to Facilitate Settlement*” Edna Sussman menciona pesquisa por ela realizada e denominada “Mixed Mode Survey” que obteve as seguintes respostas traduzidas do original em inglês:

Com ajuda de ferramentas tecnológicas ela promoveu questionário interativo com a plateia composta por profissionais que atuam em arbitragem³¹⁵ e o que se pode verificar é que, embora tenha havido certo incremento na menção às partes sobre a possibilidade de uso da mediação em meio ao processo arbitral, na prática, ainda é incipiente o uso da janela de mediação como um momento programado durante o processo arbitral.

Nesse contexto que os estudos da ICC sugerem sejam adotadas pelos árbitros determinadas técnicas como forma de auxiliar as partes a terem uma visão mais realista do caso e maior clareza das suas chances de êxito, com vistas a incentivar a solução consensual, tais como:

- (i) audiência inicial de gestão do processo – costumeiramente no Brasil tal audiência costuma ocorrer por ocasião da assinatura do termo de arbitragem, mas nada impede que seja realizada em momento separado. O que se sugere é a estipulação de calendário no qual pode estar inserida janela de mediação como um momento durante o processo arbitral para a instauração propriamente da mediação que pode ser (a) após a primeira

-
1. Na primeira conferência com as partes você estabelece uma janela de mediação, ou seja, um período definido no cronograma processual para que as partes considerem a mediação?
24% SIM; 76% NÃO
 2. Na primeira conferência você agenda uma janela de mediação que introduz uma pausa na arbitragem para permitir que as partes tentem mediar?
12% SIM; 88% NÃO
 3. Você aborda a possibilidade de acordo como uma opção na primeira conferência?
56% SIM; 44% NÃO

³¹⁵ As perguntas formuladas na palestra realizada no Brasil, da qual participei e pude presenciar as respostas, foram efetuadas originalmente em inglês e aqui traduzidas livremente:

1. Com relação à previsão do §4º do artigo 21 da Lei de Arbitragem você toma alguma medida, além de mencionar a possibilidade de conciliação no início da arbitragem, para cumprir com essa disposição?
38% SIM; 62% NÃO
2. Você às vezes decide não realizar uma primeira conferência de condução do caso com as partes quando elas concordam com o termo de arbitragem?
19% NUNCA, 12% - 25% das vezes, 12% - 50% das vezes e 57% frequentemente
3. Você sugere janela de mediação para as partes no início do caso?
31% SIM; 69% NÃO
4. Você é geralmente receptivo à apresentação de petições antecipadas sobre o mérito para restringir as questões em disputa?
81% SIM; 19% NÃO
5. Você realiza análises de mérito intermediárias com as partes?
52% NUNCA, 14% - 25% das vezes, 10% - 50% das vezes, 24% frequentemente
6. Você fornece opiniões preliminares sobre o caso?
74% NUNCA, 9% - 25% das vezes, 3% - 50% das vezes, 14% frequentemente

rodada de petições, (b) finda fase instrutória, (c) após decisão preliminar pelo tribunal;

- (ii) audiências intermediárias – durante o processo arbitral podem ser realizadas, também, conferência(s) intermediária(s) com as partes, ainda mais em tempos de facilidade tecnológica que permite a realização de conferências virtuais, de modo que o tribunal arbitral verifique se as posições iniciais se alteraram conforme o desenrolar do processo arbitral. A cada conferência intermediária as partes têm a oportunidade de reavaliar suas expectativas quanto às possibilidades de êxito que, como visto, costumam ser irrealisticamente otimistas ao início do processo, o que acaba por criar um ambiente propício a um eventual acordo;
- (iii) O tribunal arbitral pode destacar às partes os pontos controvertidos que consideram precisam ser comprovados ao longo do processo arbitral, o que também demonstra às partes circunstâncias que elas inicialmente poderiam considerar incontroversas ou que não suscitariam tantas dúvidas;
- (iv) Bifurcação do processo arbitral, com a prolação de decisão relativa à legitimidade, prescrição ou responsabilidade que, uma vez apresentadas, podem vir a estimular as partes a resolverem os demais aspectos, principalmente se forem pecuniários, mediante solução consensual;

Isso sem falar de técnicas de comunicação que os árbitros podem colocar em prática a todo momento do processo arbitral, tal qual os mediadores, e que não interferem na sua função decisória, como formulação de perguntas de modo que as partes consigam reavaliar determinados aspectos.

Por fim, não se pode deixar de mencionar um aspecto um tanto quanto delicado, que são os honorários dos árbitros.

Os árbitros são prestadores de serviço contratados para exercer o poder decisório que lhe é atribuído pela vontade das partes de afastar a jurisdição estatal.

Como tal, é natural que recebam seus honorários como contraprestação do serviço adjudicatório prestado que é complexo e demanda bastante tempo e dedicação.

O fato de sobrevir um acordo em meio a um processo arbitral, tornando desnecessária a prolação da sentença final, não significa que os árbitros não tenham exercido grande parte do seu trabalho de ler diversas petições e, muitas das vezes, analisar provas, com a realização de audiência com oitiva de testemunhas que chegam a durar diversos dias.

Esse é, realmente, um ponto sensível que precisa ser contemplado, para não vir a frustrar eventual expectativa das partes de economia de honorários dos árbitros como se a desnecessidade de prolação da sentença final com análise do mérito (que não seja a sentença homologatória do acordo) representasse menos trabalho por parte do tribunal arbitral.

Aqui cabe destacar o papel das instituições arbitrais que podem ajudar nesse sentido ao prever o pagamento proporcional dos honorários dos árbitros a depender do momento do processo arbitral em que seja celebrado o acordo, o que já vem sendo adotado por várias Câmaras.³¹⁶

³¹⁶ É o que ocorre, por exemplo, no Regulamento de Arbitragem do CBMA que entrou em vigor em 02/01/2025 cujo Anexo I – Regimento de Custas assim prevê:

“3.5. Na hipótese de acordo entre as partes no curso da arbitragem, o Centro fixará o valor total dos Honorários dos Árbitros a serem pagos na seguinte proporção:

(a) entre a instituição da arbitragem, com a confirmação do Árbitro presidente ou do Árbitro Único (art. 19, da Lei de Arbitragem), e a assinatura do Termo de Arbitragem: 10%, em caso de desistência da parte ou acordo que não será homologado pelo Tribunal Arbitral, e 30%, em caso de acordo a ser homologado pelo Tribunal Arbitral;

(b) entre a assinatura do Termo de Arbitragem e o final da fase postulatória (após a petição de especificação de provas): 40%, em caso de desistência da parte ou acordo que não será homologado pelo Tribunal Arbitral, e 50%, em caso de acordo a ser homologado pelo Tribunal Arbitral;

(c) entre o final da fase postulatória (após a petição de especificação de provas) e o final da audiência de instrução do mérito, ou, na ausência desta, o encerramento da fase de instrução: 50%, em caso de desistência da parte ou acordo que não será homologado pelo Tribunal Arbitral, e 70%, em caso de acordo a ser homologado pelo Tribunal Arbitral; e

(d) após a audiência de instrução do mérito ou, na ausência desta, o encerramento da fase de instrução: 100%.

3.5.1. O Centro poderá aumentar ou reduzir os valores acima, mediante decisão justificada, diante de circunstâncias particulares de caso específico”.

Regra em sentido similar consta do Anexo I ao Regulamento de Arbitragem da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, a saber:

“3.1.3. O encerramento por desistência ou acordo entre as Partes acarreta pagamento dos honorários segundo os seguintes critérios:

a) antes da celebração do Termo de Arbitragem, mas após a nomeação e aceitação dos árbitros, serão devidos 30% (trinta por cento) dos honorários fixados;

b) após a assinatura do Termo de Arbitragem, e antes da audiência de instrução, serão devidos 70% (setenta por cento) dos honorários fixados;

c) após a audiência de instrução serão devidos 100% (cem por cento) dos honorários fixados”.

5.5. Janela institucional

O tema da janela de mediação tem despertado o interesse das instituições de resolução de disputas como as Câmaras prestadoras do serviço de arbitragem e mediação sobretudo estrangeiras, que foram as pioneiras a estudar o assunto.

Por serem as encarregadas de administrar os processos arbitrais³¹⁷, as instituições podem desempenhar papel relevante no estímulo à adoção das janelas de mediação.

Há diversas formas pelas quais as Câmaras de arbitragem e mediação podem estimular a utilização da janela de mediação, desde a menção no Regulamento sobre a possibilidade do seu implemento a qualquer momento do processo arbitral, passando pela pré estipulação específica desses momentos nos termos de arbitragem até a previsão de desconto nas custas administrativas e no pagamento proporcional dos honorários dos árbitros.

O que se percebe é que o fato de a janela de mediação estar previamente prevista dentro do processo arbitral³¹⁸ ajuda a minimizar o receio das partes e seus advogados de tomar a iniciativa de sugerir o uso da mediação, como se cogitar a adoção de uma solução consensual em meio ao processo arbitral fosse demonstração de fraqueza e/ou significasse algum tipo de reconhecimento de menor chance de êxito na disputa em curso.

Nesse sentido o *Centre for Effective Dispute Resolution - CEDR*, pioneiro na análise da eficiência da arbitragem³¹⁹, promoveu estudos ainda no ano de 2009 com sugestões de técnicas para árbitros alcançarem a solução consensual sem a necessidade de a arbitragem precisar ter o seu desfecho mediante decisão adjudicada (a sentença arbitral).

Cabe mencionar, ainda, o regulamento de Arbitragem CAMARB:

“11.9 Em caso de transação ou desistência após a assinatura do Termo de Arbitragem e antes da apresentação das alegações iniciais, será devolvida às partes a parcela de 50% (cinquenta por cento) dos honorários dos árbitros”.

³¹⁷ O processo arbitral não precisa, obrigatoriamente, ser institucional, podendo ser conduzido de forma autônoma - *ad hoc* -, mas a prática demonstra que a esmagadora maioria dos procedimentos arbitrais se desenvolve perante as Câmaras arbitrais que são, justamente, instituições especializadas na prestação do serviço de gestão de procedimentos extrajudiciais de resolução de disputas.

³¹⁸ Como, por exemplo, no calendário inserto no Termo de Arbitragem.

³¹⁹ Ainda que com foco em arbitragem internacional.

Assim, foi elaborado o *CEDR Commission on Settlement in International Arbitration Report* cujos estudos resultaram na *CEDR Rules for the Facilitation of Settlement in International Arbitration*.³²⁰

Ambos os trabalhos partiram da ideia de que, embora, na época, já se cogitasse certo incentivo por parte do tribunal arbitral para que fosse alcançada a resolução amigável da disputa sem necessidade de percorrer todo o processo até a prolação da sentença arbitral, medidas efetivamente proativas nesse sentido ainda eram timidamente praticadas.

O estudo parte da identificação de três princípios que devem ser aplicados às arbitragens internacionais e que fundamentam as recomendações, são eles: (i) um tribunal arbitral tem por função proferir uma sentença vinculante e exequível que não seja desafiada pelo uso de técnicas inadequadas de incentivo ao uso de métodos consensuais; (ii) a não ser que as partes estipulem de forma contrária, o tribunal arbitral, com o auxílio da instituição arbitral, também deve adotar medidas para ajudar as partes a alcançarem uma solução consensual sobre toda ou parte da disputa, (iii) ao auxiliar as partes na busca pela resolução consensual da disputa, o tribunal arbitral não deve agir de modo que torne sua decisão passível de contestação bem sucedida.

A partir daí, o estudo formula uma série de recomendações para as instituições, partes, advogados e o tribunal arbitral, incluindo o uso de *mixed modes* como a janela de mediação, que pode ocorrer com ou sem a suspensão da arbitragem.

Há, ainda, recomendação para que as partes não invoquem eventual facilitação do acordo pelos árbitros para desafiar a sentença arbitral que venha a ser proferida.

No mais, estabelece que nenhuma declaração das partes ou advogados durante as negociações em mediação poderá ser utilizada contra a parte declarante e que o tribunal arbitral, ao proferir a sentença arbitral, não levará em consideração questões que tiverem sido discutidas nas tratativas de acordo, a menos que tais questões tenham sido apresentadas igualmente no processo arbitral.

³²⁰ “*CEDR Rules for the Facilitation of Settlement in International Arbitration*”. Disponível em: <<https://www.cedr.com/wp-content/uploads/2021/03/Rules-Settlement-Arbitration>>. Acesso em: 12 mai. 2024 e “*CEDR Commission on Settlement in International Arbitration Report*” Disponível em: <<https://www.cedr.com/wp-content/uploads/2021/04/Arbitration-Commission-Document-April-2021.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2024

Em termos procedimentais, é sugerido pelo CEDR que, na primeira conversa com as partes, o tribunal arbitral esclareça que elas podem adotar diversos métodos de resolução de disputas incidentalmente ao processo arbitral, incluindo a janela de mediação e, se possível, estabeleça desde logo esses momentos ao longo do procedimento, bem como os passos a serem adotados nesse sentido.

Prossegue o relatório sugerindo que o tribunal arbitral adote medidas de encorajamento ao acordo como: (i) fornecer opiniões preliminares sobre as questões controvertidas indicando quais elementos de prova serão necessários para demonstrar tais pontos, (ii) apresentar conclusões preliminares não vinculantes sobre aspectos fáticos ou jurídicos e (iii) inserir janela de mediação quando solicitado pelas partes, a fim de possibilitar conversas sobre solução consensual.

Há, ainda, a recomendação de que seja levado em consideração na decisão sobre alocação dos custos da arbitragem: (i) a recusa irrazoável de uma parte em utilizar a janela de mediação, (ii) a recusa em observar cláusula contratual de mediação antecedente bem como (iii) a recusa a uma proposta de acordo quando o resultado que sobrevier na sentença arbitral não for melhor do que os termos da proposta recusada.³²¹

Por fim, especificamente no que diz respeito às instituições (Câmaras), além de cogitar incorporarem algumas das recomendações em seus regulamentos, os estudos do CEDR sugerem treinamento e atuação proativa dos *case managers*, que são os responsáveis por manter contato tanto com os advogados quanto com o tribunal arbitral e podem, assim, ajudar a iniciar tratativas sobre o uso da janela de mediação.

Sabendo que o CEDR é uma entidade londrina provedora de serviços de resolução extrajudicial de disputas, dentre outros, mediação e arbitragem e, guardadas as devidas diferenças culturais, é nítida a postura mais proativa sugerida para os árbitros, lembrando que, naquela jurisdição, é permitido ao árbitro exercer a função de facilitador e mediador, embora se reconheça as cautelas que devam ser tomadas nesse sentido.

³²¹ Nesse mesmo sentido Fux e Bodart analisam o instituto da “*offer-of-settlement*” do direito norte-americano, em tradução livre, “oferta de acordo”, “segundo a qual a parte que rejeita uma oferta de acordo fica sujeita a pagar os custos da litigância judicial ainda que obtenha sentença favorável, a depender da comparação entre o conteúdo da sentença e a proposta recusada” FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 65.

Outra instituição estrangeira, o *International Institute for Conflict Prevention & Resolution - CPR*, também se debruçou em estudos sobre *mixed modes* e o uso incidental da mediação no processo arbitral, tendo elaborado no ano de 2020 o que se denominou de *CPR Model Clause for Concurrent Mediation-Arbitration Clause and Protocol*³²²

O referido protocolo contém sugestão de redação de cláusula prevendo o uso da mediação concomitante à arbitragem, de modo que as partes estipulam, previamente, que concordam em tentar resolver qualquer disputa sujeita à arbitragem por meio de mediação confidencial realizada durante o curso do processo arbitral.

O protocolo da denominada “*cláusula modelo de mediação e arbitragem concorrente*” parte da ideia de que a cláusula escalonada de mediação antecedente à arbitragem cria uma obrigatoriedade de mediar em um determinado momento que pode não ser o momento ideal na disputa.

Embora a cláusula escalonada tenha o efeito potencialmente benéfico de levar as partes para a mesa de mediação antes da instauração de algum tipo de processo seja arbitral ou judicial, não sendo atingida a solução consensual, esta circunstância acaba por prolongar a resolução através do processo judicial ou arbitral que se sucederá. Não à toa que as partes ficam impregnadas pela visão de que a única forma de solução possível após a mediação frustrada é a adjudicada, mediante a sentença arbitral ou judicial.

Daí que, segundo o CPR, o uso da “*cláusula modelo de mediação e arbitragem concorrente*” permite a conjugação de esforços e maior eficiência mediante a simultaneidade entre os métodos, sem necessidade de suspensão da arbitragem. A prévia estipulação de ambas as modalidades – mediação e arbitragem - como parte normal e integrante do processo de resolução de disputa afasta a preocupação recorrente das partes e advogados de a sugestão de uso da mediação representar fraqueza.

De acordo com a sistemática sugerida pelo protocolo de mediação concorrente com arbitragem do CPR o tribunal arbitral terá conhecimento da

³²² CPR – *International Institute for Conflict Prevention & Resolution*. “*CPR Model Clause for Concurrent Mediation-Arbitration Clause and Protocol*”. Disponível em: <<https://static.cpradr.org/docs/Model%20Clause%20for%20Concurrent%20Mediation-Arbitration%20Clause%20and%20Protocol.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2024.

existência da mediação, mas não sobre as propostas e declarações feitas no decorrer dela, salvo se as partes consentirem nesse sentido. O mediador e o tribunal arbitral poderão se comunicar sobre o calendário dos atos processuais para facilitar o andamento eficaz da mediação e, acaso resulte em acordo, o tribunal arbitral deverá ser comunicado para que possa emitir uma sentença arbitral por consentimento, homologando, assim, o acordo celebrado. Eis, então, em tradução livre, o modelo de cláusula sugerido pelo CPR.³²³

Após o início de qualquer arbitragem, as partes deverão envidar esforços para resolver a disputa por meio de mediação confidencial, conforme o Procedimento de Mediação do CPR em vigor na data deste Acordo (“Procedimento de Mediação do CPR”). Salvo acordo em contrário, as partes deverão selecionar um mediador do Painel de Neutros do CPR. Se uma mediação já tiver sido iniciada antes do início da arbitragem, nos termos da Cláusula Modelo de Mediação do CPR, e se todas as partes consentirem, o mediador previamente nomeado poderá atuar como mediador sob esta Cláusula de Mediação-Arbitragem Concorrente.

A mediação iniciada sob esta Cláusula continuará até que seja alcançado um acordo por escrito, que uma sentença arbitral seja proferida ou que o procedimento seja encerrado por acordo entre as partes. Não obstante o exposto, qualquer parte poderá se retirar a qualquer momento após participar da primeira conferência de mediação, conforme previsto no parágrafo 3(b) do Procedimento de Mediação do CPR.

A mediação será conduzida de acordo com o Protocolo do CPR para Mediação-Arbitragem Concorrente (“Protocolo CMA”) [atualmente em vigor OU em vigor na data deste Acordo] e com o Procedimento de Mediação do CPR, desde que este não seja incompatível com esta Cláusula ou com o Protocolo CMA. Qualquer acordo alcançado durante a mediação e antes da prolação de uma sentença arbitral deverá ser encaminhado ao Tribunal Arbitral e, caso as partes concordem, poderá ser expressa em uma sentença arbitral por consentimento, nos termos da Regra 21.5 do Regulamento CPR para Arbitragem institucional.

³²³ Texto original em inglês:

“CPR Model Clause

Following the commencement of any arbitration, the parties shall endeavor to settle the dispute by confidential mediation under the CPR Mediation Procedure in effect on the date of this Agreement (the “CPR Mediation Procedure”). Unless they otherwise agree, the parties shall select a mediator from the CPR Panels of Distinguished Neutrals. If a mediation has already been initiated prior to the commencement of the arbitration pursuant to a CPR Mediation Model Clause, and if all parties consent, the previously appointed mediator may serve as the mediator under this Concurrent Mediation-Arbitration Clause. The mediation initiated under this Clause will continue until a written settlement agreement is reached, an award is delivered to the parties, or the procedure is terminated by agreement of the parties. Notwithstanding the foregoing, any party may withdraw at any time after attending the first substantive mediation conference, as provided in paragraph 3(b) of the CPR Mediation Procedure. The mediation shall be conducted in accordance with the CPR Protocol for Concurrent Mediation-Arbitration (CMA) I [currently in effect OR in effect on the date of this Agreement] (the “CMA Protocol”) and the CPR Mediation Procedure, to the extent that Procedure is not inconsistent with this Clause or the CMA Protocol. Any settlement reached in the course of the mediation and before an award is made, shall be referred to the Arbitral Tribunal and, if the parties so agree, may be reflected in a consent award under Rule 21.5 of the CPR Rules for Administered Arbitration”.

Como se não bastasse a sugestão da *cláusula modelo de mediação e arbitragem concorrente*, o regulamento de arbitragem do CPR³²⁴ também contém previsão sobre janela de mediação, permitindo ao tribunal arbitral que faça a sugestão de mediação às partes quando considerar apropriado a qualquer momento do processo arbitral, devendo a mediação ser conduzida por profissional diferente dos integrantes do tribunal arbitral e sem implicar na suspensão da arbitragem.³²⁵

Além do CEDR e do CPR, não é de hoje que a *International Chamber of Commerce - ICC*, cuja Corte de arbitragem é considerada uma das mais tradicionais do mundo e completou 100 anos no ano de 2023, considera útil o uso da mediação em meio a um processo arbitral.

A complexidade das relações comerciais, sejam domésticas ou internacionais e a necessidade de gerenciamento eficiente das disputas – em menos tempo e a um menor custo – incentivaram as reflexões pela busca de diferentes formas de resolução de disputas que culminou nas soluções combinadas entre os métodos, os denominados *mixed modes*.

Nessa linha, a ICC lançou, em agosto de 2007, o relatório denominado *Controlling Time and Costs in Arbitration*³²⁶ que buscou identificar medidas aplicáveis aos processos arbitrais com vistas a buscar maior eficiência, com a redução de tempo e custo. Uma das conclusões a que chegou o referido relatório é

³²⁴ *CPR Administered Arbitration Rules*. Disponível em: <https://static.cpradr.org/docs/2019%20Administered%20Arbitration%20Rules_Domestic_07.25.19_.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2024.

³²⁵ Tradução livre do Regulamento de arbitragem do CPR:

“Regra 21: Acordo e mediação

21.1 Qualquer uma das partes poderá propor negociações de acordo à outra parte a qualquer momento. O Tribunal poderá sugerir que as partes explorem o acordo nas ocasiões que o Tribunal julgar apropriado.

21.2 Com o consentimento das partes, o Tribunal, em qualquer fase do processo poderá solicitar ao CPR que providencie a mediação das reivindicações apresentadas na arbitragem por um mediador aceito pelas partes. O mediador deverá ser uma pessoa que não seja um membro do Tribunal. A menos que as partes concordem de outra forma, tal mediação deverá ser conduzida de acordo com o Procedimento de Mediação do CPR.

21.3 Em qualquer momento do processo, o CPR poderá convidar as partes para uma mediação nos termos do Procedimento de Mediação do CPR ou qualquer outro procedimento de mediação aceitável para as partes. Qualquer mediação desse tipo deverá ocorrer concomitantemente à arbitragem.

21.4 O Tribunal não será informado de nenhuma oferta de acordo ou outras declarações feitas durante as negociações de acordo ou uma mediação entre as partes, a menos que ambas as partes consintam.

21.5 Se as partes resolverem a disputa antes de uma sentença arbitral, o Tribunal encerrará a arbitragem e informará o CPR. Se solicitado por todas as partes e aceito pelo Tribunal, o Tribunal poderá registrar o acordo na forma de uma sentença proferida por consentimento das partes. O Tribunal não é obrigado a fundamentar tal sentença.”

³²⁶ E depois revisto em 2018.

a de que os custos e o tempo de duração de um processo arbitral decorrem na maioria das vezes das etapas adotadas em uma arbitragem, que não raro são desnecessárias.³²⁷ E, por assim ser, o relatório sugere a customização do processo arbitral mediante a adoção de técnicas de gerenciamento da arbitragem aplicáveis a cada caso concreto.³²⁸

No que diz respeito à possibilidade de acordo em meio ao processo arbitral o relatório recomenda que o tribunal arbitral informe às partes sobre a liberdade de transacionarem a qualquer momento, sobre toda ou parte da disputa, mediante negociação direta ou por meio de qualquer método autocompositivo como a mediação. Para tanto, as partes podem solicitar a suspensão da arbitragem (ou não) durante certo período, enquanto perdurar a negociação ou a mediação.

Tendo em mente que tal relatório foi elaborado ainda no ano de 2007, pode ser reputado juntamente com os estudos do CEDR um dos precursores do encorajamento da adoção de métodos consensuais como a mediação em meio a um método adversarial como a arbitragem já em curso, ou seja, os *mixed modes*.

As sugestões de técnicas de condução eficiente da arbitragem contidas no aludido relatório *Controlling Time and Costs in Arbitration* acabaram sendo incorporadas na revisão do Regulamento de Arbitragem da ICC realizada em 2012 e, muitas delas, como a informação às partes sobre a possibilidade da autocomposição via mediação passaram a constar do Apêndice IV ao Regulamento de Arbitragem de 2012, intitulado *Case Management Techniques*.³²⁹

Na sequência, em 2013 a ICC lançou *Mediation Guidance Notes* que contém um capítulo sobre a interação entre mediação e arbitragem, reforçando que a mediação pode ocorrer previamente à arbitragem (ou ao processo judicial) ou no curso de um processo já instaurado.³³⁰ Nesse capítulo há, ainda, a recomendação para se analisar a conveniência de se suspender a arbitragem - ou não - quando a

³²⁷ Especialmente em se tratando de arbitragem internacional essa complexidade decorre, muitas vezes, do fato de advogados oriundos de diferentes sistemas jurídicos pretenderem replicar, na arbitragem, etapas procedimentais a ele familiares, mas que acabam por resultar em repetição de medidas desnecessárias como apresentação de documentos e rodadas de petições.

³²⁸ São mencionadas medidas como a redação de cláusulas claras de modo a não causar dúvidas sobre a jurisdição arbitral, critérios para indicação de árbitros, sugestões para assinatura do termo de arbitragem bem como otimização do calendário arbitral.

³²⁹ Em tradução livre, “Técnicas de Gerenciamento do Procedimento Arbitral”.

³³⁰ ICC – *International Chamber of Commerce*. “*ICC Mediation Guidance Notes*”. Disponível em: <<https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/icc-2014-mediation-guidance-notes/>>. Acesso em: 12 mai. 2024.

mediação ocorrer durante um processo arbitral, ou seja, justamente a janela de mediação.³³¹

O prosseguimento ou suspensão do processo arbitral enquanto perdurar a mediação incidental fica a critério das partes, mas segundo a sugestão de conduta da ICC a suspensão permitiria às partes concentrarem seus esforços na solução consensual via mediação sem precisar dividir as atenções com providências do processo arbitral ou, até mesmo, incorrer em custos adicionais de etapas da arbitragem no potencial iminência de um acordo.

Ainda de acordo com as *Mediation Guidance Notes* a iniciativa de sugerir o uso da mediação no curso do processo arbitral pode ser feita por qualquer das partes, sendo sugerido, ainda, que as partes e o tribunal arbitral enderecem a conveniência da inserção de janela de mediação no cronograma arbitral de forma prevista desde o início, como parte integrante do processo arbitral.

Digno de nota é a ponderação constante das *Mediation Guidance Notes* sobre a cumulação dos papéis de árbitro e mediador, com os prós e contras desse exercício de funções admitida em certas jurisdições, mas que pode vir a macular a sentença arbitral que vier a ser proferida após o árbitro ter atuado como mediador e, em tal condição, ter tomado conhecimento de fatos e informações confidenciais não reveladas durante o processo arbitral.

Por fim, quando as partes chegam a um acordo por mediação no curso de um processo arbitral há a possibilidade deste ser validado por sentença arbitral, que se denomina “sentença por consentimento”³³² e que pode vir a ter a sua executoriedade necessária em caso de o acordo não ser cumprido espontaneamente.

Ainda no âmbito de recomendações sobre o uso dos métodos de resolução de disputas, em 2014 a ICC publicou o relatório *Effective Management of Arbitration – A Guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*,³³³ que contém um capítulo a respeito de técnicas de gerenciamento da arbitragem que podem ser usadas para facilitar o acordo. No capítulo denominado “considerações para resolução consensual de disputas” aponta que

³³¹ Há quem prefira a suspensão do processo arbitral, para que não seja necessária a tomada de medidas no processo quando um acordo pode estar próximo de ser alcançado.

³³² No original em inglês “*consent award*”.

³³³ *ICC Effective Management of Arbitration – A Guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*. Disponível em: <<https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/effective-management-of-arbitration-a-guide-for-in-house-counsel-and-other-party-representatives/>>. Acesso em: 12 mai. 2024.

“Um acordo negociado da disputa pode poupar muito tempo e dispêndio, de modo que as partes são aconselhadas fortemente a manter o foco nas oportunidades de transação antes ou ao longo do processo arbitral.”

O relatório ressalta, ainda, que na tomada de decisão sobre celebrar um acordo em meio a um processo arbitral devem ser levados em consideração fatores como (i) se há interesse na preservação do relacionamento em disputa que um processo consensual permita manter, ainda que em condições diferentes e (ii) análise da potencial dificuldade na exequibilidade do resultado do processo arbitral, passando a fazer sentido antecipar o resultado mediante acordo, ainda que por valor menor. Por outro lado, se houver necessidade de obtenção de precedente ou de provimento declaratório por parte do tribunal arbitral o acordo pode não ser o mais recomendado.

A tônica do relatório é a possibilidade de acordo ao longo do processo arbitral “*mesmo quando a transação não for viável antes ou no início de uma arbitragem*”. Tanto é assim que afirma

A arbitragem, muitas vezes, assume vida própria, após as partes terem desenvolvido suas posições e incorrido em custos. As partes e seus advogados devem ter em mente que um acordo pode ser alcançado a qualquer momento durante uma arbitragem e que o Regulamento de Arbitragem da CCI incentiva as partes a explorarem tal possibilidade. Ao exercer sua vontade e criatividade na busca de um acordo, as partes, muitas vezes, chegam a soluções que não estão disponíveis por meio do processo arbitral.³³⁴

Faleck chega a sugerir uma modalidade de janela institucional segundo a qual as partes responderiam, de forma confidencial, “sim” ou “não” à sugestão da Câmara de cogitar a mediação. Nessa modalidade a conversa sobre a instauração da mediação somente ocorreria se ambas as partes respondessem “sim”. Caso uma delas ou todas respondessem “não”, as respostas seriam mantidas de forma

³³⁴ Texto original:

“Arbitrations often take on a life of their own once the parties have developed their positions and incurred costs. Parties and their counsel should keep in mind that a settlement can occur at any time during an arbitration and that the ICC Rules of arbitration encourage the parties to explore this possibility. When exercising their will and their creativity in seeking a settlement, parties often arrive at solutions that are unavailable through arbitration”.

confidencial, não chegando a haver a reunião sobre a *mediação* nem revelada a parte que eventualmente respondeu afirmativamente à janela de mediação.^{335 336}

Na esteira das melhores práticas internacionais algumas Câmaras nacionais adotaram iniciativas no sentido de estimular o uso da janela de mediação e chegaram a reformular seus regulamentos nesse sentido, passando a estipular sobre (i) a possibilidade de prolação de sentença parcial, (ii) a sugestão pelos árbitros de utilização de método consensual incidentalmente ao processo arbitral sem que isso afete a sua neutralidade, (iii) a possibilidade da janela de mediação constar do calendário arbitral que usualmente é previsto no termo de arbitragem, (iv) homologação do acordo por sentença arbitral e (v) a instauração da janela de mediação por solicitação de qualquer das partes e a qualquer momento do processo arbitral. Dada a relevância e o pioneirismo do tema, cabe destacar algumas dessas estipulações:

➤ CAM-CCBC – Regulamento de Arbitragem³³⁷

25.4 O tribunal arbitral poderá, durante o procedimento arbitral, sugerir a resolução da disputa, no todo ou em parte, por outro método adequado de resolução de controvérsias.

³³⁵ FALECK, Diego; SANTOS, Luiz Ricardo de Oliveira. A Janela de Mediação in “*Estudos sobre a evolução da arbitragem e da mediação no Brasil*”. Editora SESI-SP, 1ª ed.. São Paulo: 2021, p. 384.

³³⁶ Ideia semelhante consta no Regulamento da CAMFIEP – Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná:

“22.1. Encerradas as fases postulatória e instrutória, a secretaria da CAMFIEP consultará, individual e particularmente, todas as partes em relação ao interesse em iniciar procedimento de mediação para buscar solução parcial ou total para o litígio objeto da arbitragem. As respostas das partes em relação a esta consulta serão mantidas em sigilo, salvo se todas as partes manifestarem interesse em iniciar o procedimento de mediação.

22.2. Na hipótese de todas as partes manifestarem interesse na realização do procedimento de mediação, a secretaria da CAMFIEP comunicará o tribunal arbitral e as partes a respeito do início do procedimento, que se dará com a nomeação do mediador, nos moldes do regulamento de Mediação da CAMFIEP. 22.3. Salvo estipulação ou acordo das partes em sentido diverso, a arbitragem não será suspensa durante a realização do procedimento de mediação.

22.4. Caso as partes entendam pela adoção de mediação no curso do procedimento arbitral, estarão isentas da taxa de registro e taxa de administração de Mediação, arcando apenas com os honorários de mediador na forma da Tabela de Custas de Mediação da CAMFIEP.

22.5. Na hipótese de encerramento antecipado da arbitragem, por sentença homologatória de acordo ou por desistência das partes, o pagamento dos honorários aos árbitros será realizado conforme artigo 4.5 e 4.7 da Tabela de Custas de arbitragem”.

³³⁷ Regulamento de arbitragem da CAM-CCBC em vigor a partir de 01/11/2022. Disponível em: <<https://www.ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-de-arbitragem-2022/>>. Acesso em: 05 dez. 2024.

➤ CAM-CCBC – Regulamento de Mediação³³⁸

12.4 A Mediação pode ser instaurada antes, durante ou após um processo judicial ou arbitral. A eventual instauração de processo arbitral ou judicial não impedirá o prosseguimento do procedimento de mediação ou o seu início, caso seja do interesse comum dos Participantes.

➤ CBMA – Regulamento de Arbitragem³³⁹

12.4. Concomitantemente à assinatura do Termo, e após ouvidas as partes, o Tribunal Arbitral deverá apresentar às partes calendário estimativo contendo os próximos procedimentos e prazos da arbitragem, inclusive prazo para prolação de sentença e, se possível, sugestão de data(s) de realização de audiências.

12.4.1. Do calendário estimativo, poderão constar períodos para realização de mediação entre as Partes (“janelas de mediação”), com ou sem a suspensão da arbitragem, a critério das Partes.

19.2. O Tribunal Arbitral poderá proferir sentenças parciais.

19.8. Se, no curso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o Árbitro poderá, a pedido das partes, homologar tal acordo mediante sentença arbitral, que conterà os requisitos constantes do item 19.5 supra.

23. Janelas de Mediação

23.1. A qualquer momento durante a arbitragem poderá ser instaurada mediação a ser administrada pelo Centro, que poderá versar sobre toda ou parte da matéria objeto da arbitragem, com ou sem a suspensão do procedimento arbitral.

23.2. A solicitação de mediação poderá ser feita por qualquer das partes, ou por provocação do Tribunal Arbitral ou pelo Centro.

23.3. Caso as partes optem por mediação, essa deverá ser processada pelo Centro, salvo acordo em sentido diverso, obedecendo o seu Regulamento de Mediação, podendo o Tribunal Arbitral suspender a arbitragem por período acordado com as partes.

Outra modalidade de incentivo que as Câmaras de resolução de disputas podem oferecer é o financeiro, que pode se dar de diferentes formas: mediante compensação entre taxas da arbitragem e mediação ou desconto de taxa de registro e/ou taxa de administração caso uma mediação seja sucedida por uma arbitragem ou seja incidental a um processo arbitral, cabendo mencionar algumas medidas atualmente em vigor nas seguintes Câmaras:

³³⁸ Regulamento de mediação do CAM-CCBC em vigor a partir de 01/08/2024. Disponível em: <<https://www.ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/mediacao/>>. Acesso em: 05 dez. 2024.

³³⁹ Regulamento de arbitragem em vigor a partir de 02/01/2025.

- CAM-CCBC - Resolução Administrativa nº 36/2019 que concede às partes desconto na taxa de administração do procedimento de *mediação* da seguinte forma: (i) 100% de desconto quando houver instauração de procedimento arbitral perante o CAM-CCBC após a realização de mediação perante a Câmara e (ii) 50% de desconto quando, durante o trâmite de procedimento arbitral, as partes solicitarem a suspensão para instauração de mediação perante a Câmara.
- CIESP/FIESP – desconto do valor pago a título de taxa de registro do valor devido a título de taxa de administração da arbitragem³⁴⁰
- CAMARB – Resolução Administrativa nº 11/2020 – estipula aproveitamento da taxa de administração da seguinte forma: (i) o valor da taxa de administração da mediação será deduzido do valor devido a título de taxa de administração de arbitragem que suceder a mediação com o mesmo objeto e entre as mesmas partes e (ii) caso haja suspensão de procedimento arbitral em curso para instauração da mediação, será isentado o pagamento da taxa de administração da mediação que, nesse caso, será substituído pela taxa de administração da arbitragem que já houver sido paga.³⁴¹

Mesmo antes da existência de regras específicas nos regulamentos das Câmaras de mediação e arbitragem brasileiras se nota um movimento vacilante no uso da mediação empresarial³⁴², conforme informa a pesquisa “Mediação em Números: 10 anos – 2012 a 2022” que analisou dados das principais instituições do país.³⁴³

A pesquisa analisou, justamente, o uso da mediação no curso da arbitragem perante as Câmaras respondentes, obtendo o seguinte resultado: 6 mediações na

³⁴⁰ Regulamento de Mediação CIESP/FIESP:

“4.12. Caso haja a instauração de um procedimento arbitral entre as mesmas Partes envolvidas no procedimento de mediação, o valor devido a título de taxa de registro pela parte que requerer a instauração da arbitragem será descontado da taxa de administração recolhida por aquela parte no procedimento de mediação. Se o valor recolhido for menor que o valor da taxa de registro devida, a parte deverá recolher a diferença quando solicitar a instauração da arbitragem”. Disponível em: <<https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/atos-normativos/tabela-custas-honorarios-mediadores.html>>. Acesso em: 24 fev. 2025.

³⁴¹ Disponível em: <<https://camarb.com.br/resolucao/resolucao-administrativa-n-11-20/>>. Acesso em: 24 fev. 2025.

³⁴² A pesquisa informa a existência de 49 mediações em curso no ano de 2017, 62 mediações no ano de 2018, 54 mediações no ano de 2019, 80 mediações no ano de 2020, 120 mediações no ano de 2021 e 19 no ano de 2022.

³⁴³ CAM-CCBC, CIESP/FIESP, ICC, CAMARB, FGV, CBMA e AMCHAM.

CAM-CCBC, 4 na FGV, 2 no CBMA e na CAMARB, 1 na CIESP/FIESP e nenhuma na AMCHAM.

Com relação ao momento em que a mediação foi iniciada as respostas se dividiram entre a fase de instrução e após a fase de instrução, como forte indício do efeito que as novas informações desvendadas no curso do processo arbitral acarretam a motivação da composição. Houve, ainda, uma resposta indicando ter sido após a prolação da sentença parcial, mais uma vez demonstrando como circunstâncias procedimentais no decorrer do procedimento interferem na reavaliação do prognóstico de êxito.

Há que se ter em mente, ainda, que em certas situações, embora haja cláusula compromissória expressa em contrato, os custos de levar adiante um processo arbitral não justificam o valor da controvérsia. Para tais situações o valor em disputa deve ser levado em consideração, podendo ser fixado valor mínimo ou máximo para a adoção da mediação de forma automática em meio ao processo arbitral.

Nesse contexto se inserem as regras *opt in* e *opt out* que podem constar do regulamento das instituições arbitrais, cabendo esclarecer que uma regra *opt in* é aquela na qual depende de manifestação positiva da parte para ser adotada, ou seja, a parte precisa escolher se submeter à regra. Por outro lado, a regra *opt out* é aquela na qual a adoção é automática e o silêncio da parte representa concordância tácita com a sua adoção e submissão, sendo necessária a manifestação da parte justamente para excluir a adoção da regra.³⁴⁴

O Regulamento de Arbitragem da *American Arbitration Association* - AAA³⁴⁵ contém previsão nesse sentido, de instauração da mediação em todos os

³⁴⁴ As instituições arbitrais já adotam regras *opt in* ou *opt out* em algumas situações, como, por exemplo, a submissão à arbitragem expedita instituída pelo CBMA:

“18. Arbitragem Expedita

18.1 Ao convencionarem uma arbitragem de acordo com o Regulamento, as partes acordam que as regras sobre arbitragem expedita (“Arbitragem Expedita”) aqui previstas aplicar-se-ão tal como se estivessem transcritas na convenção arbitral, satisfeitas todas as seguintes condições:

(a) a convenção de arbitragem tenha sido celebrada após a entrada em vigor deste Regulamento;
(b) o valor econômico da arbitragem seja inferior a R\$3 milhões, conforme informado pelas Partes e sujeito à avaliação pelo Centro; e
(c) as Partes não tenham acordado a exclusão destas regras sobre Arbitragem Expedita aqui previstas”.

Regulamento em vigor a partir de 02/01/2025. Disponível em: <<https://cbma.com.br/wp-content/uploads/2025/01/CBMA-Regulamento-de-Arbitragem-CBMA-02.01.2025.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2025.

³⁴⁵ Regulamento de arbitragem em vigor a partir de 01/09/2022.

casos submetidos à arbitragem comercial com pedidos iniciais ou reconventionais acima de U\$ 100.000,00 (cem mil dólares), ocasião na qual deverão se submeter à mediação sem suspensão da arbitragem, a não ser que optem em não o fazer, em clara demonstração de regra *opt out*, a saber³⁴⁶:

R-10. Mediação

Em todos os casos em que a demanda ou reconvenção ultrapasse US\$ 100.000, após a administração da arbitragem pela AAA ou a qualquer momento durante o curso da arbitragem, as partes deverão mediar sua disputa de acordo com as disposições aplicáveis dos Procedimentos de Mediação Comercial da AAA, ou conforme outro acordo entre as partes.

Na ausência de um acordo em contrário, a mediação deverá ocorrer simultaneamente à arbitragem e não deverá atrasar o andamento do procedimento arbitral. No entanto, qualquer parte envolvida na arbitragem poderá optar unilateralmente por não se submeter a esta regra, mediante notificação à AAA e às demais partes no procedimento arbitral.

As partes deverão confirmar à AAA a conclusão da mediação ou a decisão de exclusão desta regra. Salvo acordo de todas as partes e do mediador, este não poderá ser nomeado árbitro no mesmo caso.

Embora ainda se tenha um longo caminho para difusão do uso da mediação extrajudicial e sua aplicação como estratégia de facilitação da solução em meio ao processo judicial ou arbitragem, vê-se, que já há diversas iniciativas nesse sentido por parte das Câmaras.

³⁴⁶ Texto original em inglês:

“R-10. Mediation In all cases where a claim or counterclaim exceeds \$100,000, upon the AAA’s administration of the arbitration or at any time while the arbitration is pending, the parties shall mediate their dispute pursuant to the applicable provisions of the AAA’s Commercial Mediation Procedures, or as otherwise agreed by the parties. Absent an agreement of the parties to the contrary, the mediation shall take place concurrently with the arbitration and shall not serve to delay the arbitration proceedings. However, any party to an arbitration may unilaterally opt out of this Rule upon notification to the AAA and the other parties to the arbitration. The parties shall confirm the completion of any mediation or any decision to opt out of this Rule to the AAA. Unless agreed to by all parties and the mediator, the mediator shall not be appointed as an arbitrator to the case”.

American Arbitration Association – AAA. Commercial Arbitration Rules. Disponível em: <https://www.adr.org/sites/default/files/CommercialRules_Web_1.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2025.

6. Conclusão

A primazia da prestação jurisdicional promovida pelo Estado como sendo representativa da realização da justiça foi cedendo espaço à necessidade de maior adequação e efetividade. Os variados métodos de resolução de conflitos como arbitragem, negociação, conciliação, mediação e *dispute boards* também denominados ADRs - *alternative dispute resolution* em contraposição ao processo judicial ganhou espaço. A própria denominação de – ADR como *métodos alternativos* - em contraposição ao método estatal por excelência vem sendo ressignificada como *métodos adequados* de resolução de conflitos.

Os mecanismos adequados de resolução de conflitos podem ser heterocompositivos, por preservar a lógica ganha-perde e a decisão ser imposta às partes por um terceiro, como ocorre na arbitragem, ou ser autocompositivos, quando não há imposição da decisão e as próprias partes participam da sua construção, como ocorre na negociação, conciliação e mediação. Podem, ainda, haver mecanismos mistos, como é o caso dos *dispute boards* que possuem natureza preventiva e resolutiva e fornecem às partes tanto recomendações quanto decisões, que podem ser vinculantes ou não.

Tais mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos diferem entre si quanto (i) ao grau de interferência do terceiro neutro e imparcial: se ele impõe a decisão às partes como na arbitragem, se as auxilia na negociação de forma propositiva como na conciliação ou se facilita a comunicação, negociação e reflexão entre as partes para que elas mesmas encontrem a solução adequada a seus interesses como na mediação; (ii) à eficácia do resultado: se título executivo judicial como na arbitragem ou título executivo extrajudicial como na mediação ou sem força executiva como nos *dispute boards*; (iii) aos princípios aplicáveis: como a independência, imparcialidade, autonomia da vontade das partes, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada afeitos à conciliação e mediação enquanto a arbitragem, ainda que privada e dotada de certa autonomia da vontade das partes na escolha dos árbitros, da lei aplicável, local e idioma, é procedimento mais formal e estruturado.

Desde a Resolução CNJ 125/2010 passou-se a falar e estudar mediação e, ainda mais, a partir da Lei de Mediação e do Código de Processo Civil, ambos de 2015. Com efeito, a mediação promove a busca da solução customizada pelas

próprias partes mediante a facilitação do terceiro neutro, o mediador, que aplica técnicas de comunicação e negociação com vistas a auxiliá-las a encontrar a melhor solução, sem impor uma decisão. Dadas essas características, a mediação tem grande potencial de solucionar o conflito, manter a relação e evitar a disputa, passando a ser utilizada como forma de prevenir o litígio.

É o que propõem as cláusulas escalonadas med-arb ou med-jud, que preveem o uso sequencial e excludente de cada um dos métodos a cada momento, passando-se para o método seguinte, que costuma ser adjudicatório, caso a mediação não extinga o conflito.

Assim é que, quando a mediação não resolve o conflito e passa-se para a fase litigiosa, não mais se cogita a tentativa de composição, como se a via litigiosa passasse a ser o único caminho possível. A necessidade de “ganhar ou perder” demonstrada na escala Glasl do conflito se torna um objetivo em si mesmo, potencializado pela experiência frustrada e malsucedida de autocomposição ao início do conflito.

No entanto, pouco se fala (ou falava) sobre o uso da mediação quando já instaurado o processo judicial ou arbitral, como se fosse um caminho sem volta de mão única.

O uso combinado dos métodos de resolução de conflitos – *mixed modes* - despertou o interesse de entidades internacionais como CEDR, IMI, ICC e CPR por consistir, justamente, na aplicação de um método consensual em meio a um método adversarial já instaurado. Eis, aqui, a principal diferença entre os *mixed modes* e a cláusulas escalonadas, pois nessa última há a previsão sequencial entre os métodos, que são utilizados isoladamente a cada momento.

Nesse contexto de uso de um método consensual em meio a um método adversarial já em curso, que surgiu o conceito da janela de mediação, que pode designar tanto um momento durante o processo arbitral ou judicial em que se avalia a conveniência de se iniciar uma mediação quanto a instauração da mediação propriamente dita, com ou sem a suspensão do processo em curso.

O que se viu no presente estudo é que, mesmo não dependendo de previsão contratual e podendo ser instaurada a qualquer momento pelas partes, o uso da mediação no decorrer de um processo arbitral ou judicial ainda é muito reduzido.

Buscou-se identificar algumas barreiras para tanto e a perda do protagonismo, o receio de parecer fraco ou pouco combativo, a falta de

compreensão da mediação como técnica e, até mesmo, o receio de redução de honorários são alguns dos obstáculos identificados ao uso da mediação, principalmente por parte dos advogados.

Ocorre que, ao início da disputa é natural as partes superestimarem suas chances de êxito com certo excesso de otimismo e, ao longo dela acontecem certas circunstâncias que interferem e alteram a perspectiva do resultado.

A bem da verdade, a reavaliação do prognóstico da disputa deveria ser feita periodicamente, mas não é o que se vê na prática, daí que as partes e os advogados devem estar atentos à janela de mediação, como oportunidade de mudar o rumo da demanda.

São situações como revelação de novas informações, descoberta de novas provas, documentos e fatos dos quais não se tinha conhecimento, decisões processuais que impactam no tempo de duração do processo como necessidade de prova pericial, decisão liminar determinando fazer ou se abster de fazer algo, decisão sobre legitimidade de parte que mudam a perspectiva das chances de êxito. Mencione-se, ainda, mudanças que possuem impacto financeiro como taxa de juros, correção monetária, câmbio, regulamentação aduaneira, enfim, são aspectos que podem variar ao longo do tempo de duração do próprio processo judicial ou arbitral.

E, por falar em tempo, a duração do processo judicial e arbitral estimada, em média, em 4 anos e três meses e quase 24 meses, respectivamente, constitui, por si mesma desgaste financeiro. Mas há outro tipo de desgaste, que é o do envolvimento emocional das partes, que acabam vivenciando briga a cada momento necessário de recapitular fatos e circunstâncias a fim de subsidiar seus respectivos advogados com informações necessárias. Mas não é só, o tempo ainda exerce outro fator, de aplacar os ânimos e mostrar que a disputa pode não ter a mesma importância do que ao seu início.

Isso sem contar com desgaste reputacional que também pode atingir uma empresa pelo simples fato de a demanda existir.

Todas essas circunstâncias fazem com que as chances de êxito e a motivação da manutenção da disputa deva ser reavaliada, o que pode – e deve – ser feito através da janela de mediação.

Em outras palavras, a janela de mediação no decorrer do processo judicial ou arbitral permite às partes e seus advogados visitar suas expectativas iniciais frente ao rumo real do processo, levando em conta as circunstâncias ocorridas e, a

partir daí, reformular suas expectativas que, não raro, serão diferentes da inicial.³⁴⁷ A janela de mediação se torna, como diz Faleck, a saída honrosa para corrigir o rumo do processo judicial ou arbitral que pode não mais valer a pena financeira ou emocionalmente, face aos acontecimentos e ao tempo decorrido.

Tanto é assim que as instituições arbitrais brasileiras como as Câmaras de mediação e arbitragem têm adotado práticas de modo a incentivar o uso da janela de mediação, seja promovendo descontos das taxas administrativas seja incluindo regras nos seus regulamentos permitindo aos árbitros não apenas informarem às partes que elas podem usar a autocomposição a qualquer tempo como, ainda, incentivarem o seu uso, sem que isso implique em violação à neutralidade e imparcialidade esperadas.

Adicione-se, ainda, o estímulo contido no Código de Processo Civil em seus artigos 3º, 139, V, que demonstram a expressa permissão legal para utilização dos métodos autocompositivos até mesmo no curso do processo judicial.

Por tais razões se diz que atualmente existe um verdadeiro microssistema de métodos adequados de resolução de conflitos que não se situa à margem da esfera judicial, muito pelo contrário, interagindo com ele na busca pela adequação da solução que representa a verdadeira realização da justiça. A janela de mediação permite, assim, repensar a conveniência de manutenção da disputa buscando a via consensual para a sua resolução no todo ou em parte, evitando maior desgaste financeiro, emocional e de tempo.

³⁴⁷ Faleck chega a afirmar que “Muitas vezes, com o decurso do tempo, a disputa perde o sentido”. FALECK, Diego; Santos, Luiz Ricardo de Oliveira. *A Janela de Mediação in “Estudos sobre a evolução da arbitragem e da mediação no Brasil”*. Editora SESI-SP, 1ª ed. São Paulo: 2021, p. 368.

7. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Tania. *Caixa de Ferramentas em Mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2014

ALMEIDA, Tânia. *Cultura de Paz e Métodos de Solução de Conflitos* in CURY, Cesar; MUNIZ, Daniela (coords.). *Manual de justiça multiportas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024, pp. 167-171.

American Arbitration Association – AAA. Commercial Arbitration Rules. - Disponível em: <https://www.adr.org/sites/default/files/CommercialRules_Web_1.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2025.

AYOUB, Luiz Roberto. Entrevista CONJUR de 12/02/202. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2025-fev-12/entrevista-profissionais-do-direito-devem-pensar-nas-consequencias-economicas-de-seus-atos-diz-advogado/>>. Acesso em: 14 fev. 2025.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, vol. 3*. Universidade de Brasília, Faculdade de Direito: Grupos de Pesquisa, 2004.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem; mediação; conciliação; Resolução CNJ 125/2010*. 6ª ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 4ª ed. Barueri/SP: Atlas, 2023.

CARNEIRO, Cristiane Dias, DUZERT, Yann e ALMEIDA, Rafael Alves de. “Benefícios econômicos da mediação empresarial no cenário brasileiro”. RAE – Revista de Administração de Empresas FGV EAESP, v. 64, n. 3, 2024, 1-22, e 2023-0132.

CEDR – Centre for Effective Dispute Resolution “Commission on Settlement in International Arbitration Report” Disponível em: <<https://www.cedr.com/wp-content/uploads/2021/04/Arbitration-Commission-Document-April-2021.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2024..

CEDR – Centre for Effective Dispute Resolution “Rules for the Facilitation of Settlement in International Arbitration”. Disponível em: <<https://www.cedr.com/wp-content/uploads/2021/03/Rules-Settlement-Arbitration>>. Acesso em: 12 mai. 2024..

Conselho da Justiça Federal. *Enunciados da I e II Jornadas de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>>. Acesso em: 01 set. 2024.

CPR – “Administered Arbitration Rules”. Disponível em: <https://static.cpradr.org/docs/2019%20Administered%20Arbitration%20Rules_Domestic_07.25.19_.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2024.

CPR - “CPR Model Clause for Concurrent Mediation-Arbitration Clause and Protocol”. Disponível em: <<https://static.cpradr.org/docs/Model%20Clause%20for%20Concurrent%20Mediation-Arbitration%20Clause%20and%20Protocol.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2024.

CPR – International Institute for Conflict Prevention & Resolution. “ADR Primer Report”. Disponível em: <<https://www.cpradr.org/adr-primer>>. Acesso em: 12 mai. 2024..

DE OLIVEIRA LEAL, Luciana. *O Acesso à Justiça e a Celeridade na Tutela Jurisdicional*. Disponível em: www.academia.edu. Acesso em: 28 ago. 2024.

Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis. *Consenso*. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/consenso/>>. Acesso em: 26 jul. 2024.

DIDIER JR, Fredie. FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à Justiça Multiportas: Sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à Justiça no Brasil*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

DIDIER JR, Fredie. *Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*, vol 1. 15ª edição. São Paulo: Editora JusPodivm, 2013.

FALECK, Diego. “Opening mediation widows: role of parties, contracts and institutions”. in *New York Dispute Resolution Lawyer, a publication of the Dispute Resolution Section of the New York State Bar Association*, vol. 14, nº 01, 2021, pp. 51-54.

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

FALECK, Diego; SANTOS, Luiz Ricardo de Oliveira. *A Janela de Mediação* in “*Estudos sobre a evolução da arbitragem e da mediação no Brasil*”. Editora SESI-SP, 1ª ed.. São Paulo: 2021, pp. 361-390.

FERNANDES, Amanda Federico Lopes. *Justiça consensual*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2021.

FISCHER, Roger. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Roger Fisher, William Ury & Bruce Patton: tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2ª ed rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GABBAY, Daniela Monteiro. “Análise Empírica sobre oportunidades para mediação no curso da arbitragem no Brasil”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 73/2022, pp. 137-165, abr-jun/2022.

GABBAY, Daniela Monteiro; Barros, Vera Cecília Monteiro de. (coord.). *Mediação em Números: 10 Anos – 2012 a 2022*. FGV Direito e Canal Arbitragem. São Paulo, 2023. Disponível em <https://canalarbitragem.com.br/wp-content/uploads/2023/05/Mediacao-em-Numeros_RelatorioPesquisa.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2025.

Glasl Conflict Escalation Model - Disponível em: <https://www.researchgate.net/figure/Glasl-Conflict-Escalation-Model-Source-Glasl-2002_fig1_343586049>. Acesso em: 14 nov. 2024.

GLASL, Friedrich. “Autoajuda em Conflitos: uma metodologia para reconhecimento e solução de conflitos em organizações”. 4ª ed. São Paulo: Antroposófica: ADIGO – Apoio ao Desenvolvimento Individual, Grupal e Organizacional, 2012.

Glossário do Supremo Tribunal Federal. “Litígio”. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/glossario.asp>>. Acesso em: 01 abr. 2025.
GOLDBERG, Stephen B; SANDER, Frank E.A.; ROGERS, Nancy H; COLE, Sarah Rudolph. *Dispute Resolution: negotiation, mediation and other processes*. Wolters Kluwer, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O minissistema brasileiro de Justiça Consensual: compatibilidades e incompatibilidades*. in *Publicações da Escola AGU*, v. 8, n. 1, jan/mar, 2016, pp. 15-36.

HOUAISS, Antônio. “Conflito”. *Pequeno Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1ª ed., São Paulo: Moderna, 2015.

ICC – International Chamber of Commerce – Regulamento de Arbitragem – Apêndice IV. Disponível em: <<https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2023/06/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-portuguese-version.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2024..

ICC – International Chamber of Commerce. “Controlling Time and Costs in Arbitration”. Disponível em <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2018/03/861-2-ENG-Controlling-Time-and-Costs-in-Arbitration.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2024..

ICC – International Chamber of Commerce. “Effective Conflict Management”. Disponível em: <<https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/new-report-and-guide-to-drive-thought-leadership-in-dispute-prevention-and-resolution/>> Acesso em: 12 mai. 2024.

ICC – International Chamber of Commerce. “Facilitating Settlement in International Arbitration Report”. Disponível em <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/new-report-and-guide-to-drive-thought-leadership-in-dispute-prevention-and-resolution/>. Acesso em: 12 mai. 2024..

ICC – International Chamber of Commerce. “ICC Mediation Guidance Notes”. Disponível em: <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/icc-2014-mediation-guidance-notes/>. Acesso em: 12 mai. 2024..

ICC *Effective Management of Arbitration – A Guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*. Disponível em: <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/effective-management-of-arbitration-a-guide-for-in-house-counsel-and-other-party-representatives/> Acesso em: 12 mai. 2024.

IMI – International Mediation Institute. “Arbitrator Techniques and their (direct or potential) effect on settlement”. Disponível em: <https://imimediation.org/2021/05/04/arbitrator-techniques-and-their-direct-or-potential-effect-on-settlement/>. Acesso em: 27 out. 2024.

IMI International Mediation Institute. “Introduction to the Series of Articles on the Mixed Mode Task Force” –. Disponível em <https://imimediation.org/2021/05/04/introduction-to-the-series-of-articles-on-the-mixed-mode-task-force/>. Acesso em: 27 out. 2024.

JORDAN, Thomas. *Glasl’s Nine-Stage Model of Conflict Escalation*. in Mediate.com, October, 2000. Disponível em: <https://mediate.com/glasls-nine-stage-model-of-conflict-escalation/>. Acesso em: 28 ago. 2024.

LEMES, Selma. *Pesquisa Arbitragem em Números 2024*. Disponível em: <https://canalarbitragem.com.br/wp-content/uploads/2024/12/Arbitragem-em-Numeros-2024.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2025.

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

Manual de Mediação Judicial. CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2024.

Manual Prático de Mediação Empresarial elaborado pelo Fórum Nacional de Recuperação Empresarial e Falências do Poder Judiciário – FONAREF/CNJ. Disponível em: www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/06/manual-fonaref.pdf. Acesso em: 26 jul. 2024.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso de direito arbitral: aspectos práticos do procedimento*. 2ª ed. Revista e ampliada. Curitiba: CRV, 2014.

MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. *Cláusula Arbitral: A cláusula da meia-noite*. in FGV Blog de Arbitragem. Disponível em: <<https://www.fgvblogdearbitragem.com.br/post/cl%C3%A1usula-arbitral-a-cl%C3%A1usula-da-meia-noite>>. Acesso em: 30 mar. 2025.

MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. *Guia politicamente incorreto da arbitragem brasileira: visão crítica de vinte anos de sucesso*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 50, pp. 213-227, 2016.

NAVARRO, Trícia. *Justiça Multiportas*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2024.

NAVARRO, Trícia. *Papéis dos Atores na Mediação: Juiz*, in CURY, Cesar; MUNIZ, Daniela (coords.). *Manual de justiça multiportas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024, pp. 297-302.

OSNA, Gustavo. “A audiência de conciliação ou de mediação” no novo CPC: seis (breves) questões para debate. Revista de Processo. Vol. 256/2016, pp. 349-370. Jun/2016.

PACHIKOSKI Rodrigues, Silvia. *A Cláusula Escalonada*. pp. 285-305. in *Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira*. Caio Cesar Vieira Rocha, Luis Felipe Salomão (coord.). 2ª ed. rev. e atua. São Paulo: Atlas, 2017.

PELAJO, Samantha. *Atuação Colaborativa e Complementar entre Mediadores e Advogados: Uma Experiência Brasileira*. in *Mediação e Advocacia na Mediação: Questões Contemporâneas*. São Paulo: ICFML – Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos, vol 1., pp. 72-79, out/2018.

PIMENTEL, Wilson. *Acesso Responsável à Justiça: o impacto dos custos na decisão de litigar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem: novos espaços de consenso no direito brasileiro e a justiça multiportas*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. “Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça”. In PAIVA MUNIZ, Joaquim de; VERÇOSA, Fabiane [et. al]. *Arbitragem e Mediação: temas controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, out. 2014, p. 332.

Regulamento de Arbitragem da CAMARB – Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil. Disponível em <<https://camarb.com.br/regulamento/regulamento-de-arbitragem-2019/>>. Acesso em: 28 nov. 2024.

Regulamento de Arbitragem da CAM-CCBC Disponível em: <<https://www.ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-de-arbitragem-2022/>>. Acesso em: 05 dez. 2024.

Regulamento de arbitragem da CAMFIEP em vigor a partir do ano de 2024. Disponível em: <[https://www.fiepr.org.br/camfiep/sobre/regulamentoeodigodeetica/uploadAddress/REGULAMENTO-DE-ARBITRAGEM-CAMFIEP-2024\[108521\].pdf](https://www.fiepr.org.br/camfiep/sobre/regulamentoeodigodeetica/uploadAddress/REGULAMENTO-DE-ARBITRAGEM-CAMFIEP-2024[108521].pdf)>. Acesso em: 05 dez. 2024.

Regulamento de Arbitragem da CIESP/FIESP, Anexo I. Disponível em: <<https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/atos-normativos/tabela-custas-honorarios-Arbitros.html>>. Acesso em: 12 fev. 2025..

Regulamento de Arbitragem do CBMA 2025. Disponível em: <<https://cbma.com.br/wp-content/uploads/2025/01/CBMA-Regulamento-de-Arbitragem-CBMA-02.01.2025.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2025.

Regulamento de Mediação CIESP/FIESP. Disponível em: <<https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/atos-normativos/tabela-custas-honorarios-mediadores.html>>. Acesso em: 12 fev. 2025.

Regulamento de Mediação da CAM-CCBC. Disponível em <<https://www.ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/mediacao/>>. Acesso em: 05 dez. 2024.

Regulamento de Mediação da CIESP/FIESP, Anexo III. Disponível em: <<https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/atos-normativos/tabela-custas-honorarios-mediadores.html>>. Acesso em: 12 fev. 2025.

Relatório Executivo Projeto *Doing Business*. Disponível em: <<https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/noticias/2021/novembro/divulgado-relatorio-executivo-sobre-o-ranking-doing-business/RelatorioExecutivov2.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2025.

Relatório ICJ Brasil – Índice de Confiança na Justiça Brasileira elaborado pela FGV Direito São Paulo no ano de 2021. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/10438/30922>>. Acesso em: 21 jul. 2024.

Relatório Justiça em Números 2024 (ano base 2023) - CNJ. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 04 jun. 2024.

Resolução Administrativa CAMARB nº 11/2020. Disponível em <https://camarb.com.br/resolucao/resolucao-administrativa-n-11-20/>. Acesso em: 12 fev. 2025..

SANDER, Frank - *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil* / Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. pp. 25-37.

SILVA, De Plácido e. “Conflito” e “Litígio”. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, edição online

SILVA, Paulo Eduardo Alves da; SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2023

Singapore Convention on Mediation. Disponível em: <<https://www.singaporeconvention.org/jurisdictions>>. Acesso em: 21 jan. 2025

SUSSMAN, Edna. “*The Mediation Window: An Arbitration Process Measure to Facilitate Settlement*”. New York Dispute Resolution Lawyer, a publication of the Dispute Resolution Section of the New York State Bar Association, vol. 13, nº 01, 2020

Tabela de Honorários da Ordem dos Advogados do Brasil De São Paulo. Disponível em: <<https://www.oabsp.org.br/upload/3864390579.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2025.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

Trabalhos do II Congresso Internacional de Mediação Empresarial GEMEP/CBAr. “*Desafios Atuais da Mediação Empresarial*”. Organizadores: Debora Visconte, Giovanni Ettore Nanni. Lucas de Medeiros Dinis e Vera Cecília Monteiro de Barros. “*Painel II: Mais valia da Mediação*”. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2018, pp. 31-51.

Trabalhos do IV Congresso Internacional de Mediação Empresarial – GEMEP | CBAr. “*5 Anos da Lei de Mediação: para onde vamos?*” Organizadores: Bruna Teixeira Macedo, Debora Visconte, Lucas de Medeiros Diniz e Vera Cecília Monteiro de Barros. Painel II “*The Mediation Window*”. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2022, pp. 33-61

VARELA MELO, Felipe. *Dispute Boards: Meio de Prevenção e Resolução de Disputas*. São Paulo: Quartier Latin, 2023

VERDE, Giovanni. Arbitrato e giurisdizione, in *L’Arbitrato secondo la Legge 28/83*, Napoli: Jovene, 1985, p. 168, trad. Libre *apud* CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 4ª ed. Barueri/SP: Atlas, 2023, p. 23

VIEIRA DA ROCHA, Caio Cesar e FÁVERO VAUGHN, Gustavo. *Preliminar de Arbitragem no CPC/2015: nova lei, antiga celeuma*. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 52/2017, jan-mar /2017, pp. 71-97

WAMBIER, Luiz Rodrigues; BASILIO, Ana Tereza. *O negócio processual: Inovação do Novo CPC*. Revista da EMERJ, pp. 140-146, 2016

WATANABE, Kazuo - *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil* / Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. pp. 87-94.

WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. in Yarshell, Flávio Luiz; Moraes, Mauricio Zanoide de. *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, pp. 684-690.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

World Bank Group, Doing Business. Disponível em <<https://archive.doingbusiness.org/pt/reports/global-reports/doing-business-2020>>. Acesso em: 12 fev. 2025..