

## ANÁLISE EMPÍRICA SOBRE OPORTUNIDADES PARA A MEDIAÇÃO NO CURSO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Empirical assessment on mediation opportunities during the course of an arbitral proceedings in  
Brazil

Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 73/2022 | p. 137 - 165 | Abr - Jun / 2022  
DTR\2022\9337

---

### Daniela Monteiro Gabbay

Doutora e Mestre pela Universidade de São Paulo. Professora da FGV Direito SP. Fellow no CI Arb (Chartered Institute of Arbitrators). Visiting fellow na Universidade de Yale e na London School of Economics and Political Science. Advogada, Mediadora e Árbitra. [daniela.gabbay@fgv.br](mailto:daniela.gabbay@fgv.br)

### Ana Paula Ribeiro Nani

Mestranda em Direito dos Negócios na FGV Direito SP. Bacharel em Direito pela FGV Direito SP, com especialização em Arbitragem. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Mercados Financeiro e de Capitais da FGV Direito SP. [anapaula.nani@hotmail.com](mailto:anapaula.nani@hotmail.com)

### Anna Flávia Brito

Bacharel em Direito pela FGV Direito SP. [anna-brito@hotmail.com](mailto:anna-brito@hotmail.com)

### Bianca Biondo Bertho

Graduanda em Direito pela FGV Direito SP. [biancabertho@hotmail.com](mailto:biancabertho@hotmail.com)

### Giulia Spalletta

Bacharel em Direito pela FGV Direito SP, com graduação sanduíche na Université Paris Dauphine – PSL (Paris IX) e com especialização em arbitragem pela FGV Direito SP. Advogada. [spalletta.giulia@gmail.com](mailto:spalletta.giulia@gmail.com)

### Lorena Braga Ferreira

Graduanda em Direito pela FGV Direito SP. [lorenabragafferreira@hotmail.com](mailto:lorenabragafferreira@hotmail.com)

### Thaís Helena Teixeira Tenani

Mestre em Direito dos Negócios na FGV Direito SP. Bacharel em Direito pela FGV Direito SP. Advogada. [thais.tenani@gmail.com](mailto:thais.tenani@gmail.com)

### Área do Direito: Arbitragem

**Resumo:** O artigo analisa as possíveis janelas de mediação ao longo do procedimento arbitral com base em resultados de pesquisa empírica realizada em 2021. A partir desta pesquisa, são expostas as principais vantagens e desvantagens das janelas de mediação no curso da arbitragem, assim como os desafios para a implementação dessas janelas em âmbito contratual e institucional no Brasil.

**Palavras-chave:** Janelas de mediação – Arbitragem – Pesquisa Empírica – Med-Arb

**Abstract:** The article explores possible mediation windows throughout the arbitral proceedings based on the results of empirical research conducted in 2021. From this research, the main advantages and disadvantages of mediation windows in the course of arbitration are explained, as well as the challenges for the implementation of these windows in the contractual and institutional sphere in Brazil.

**Keywords:** Mediation windows – Arbitration – Empirical Research – Med-Arb

**Para citar este artigo:** GABBAY, Daniela M.; NANI, Ana Paula R.; BRITO, Anna Flávia; BERTHO, Bianca B.; SPALLETTA, Giulia; FERREIRA, Lorena B.; TENANI, Thaís Helena T. Análise empírica sobre oportunidades para a mediação no curso da arbitragem no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 73. ano 19. p. 137-165. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2022. Disponível em: [inserir link consultado](#). Acesso em: DD.MM.AAAA.

### Sumário:

1. Introdução - 2. O estado da arte - 3. Pesquisa empírica - 4. Desafios da mediação reserva - 5. Conclusão - 6. Referências bibliográficas

## 1. Introdução

A escolha do mecanismo de solução de conflitos adequado para cada caso concreto é estratégica e depende dos interesses envolvidos e das particularidades de cada caso<sup>1</sup>, sendo relevante o papel do advogado e da advogada na escolha do mecanismo mais adequado para a disputa e para as partes<sup>2</sup> – o que pode acontecer antes ou depois do surgimento do conflito.

A mediação é normalmente escolhida em disputas que envolvem relações continuadas, quando o conflito é visto como uma oportunidade de melhorar a relação e as partes envolvidas querem ter autonomia e controle acerca dos rumos da decisão do seu caso. O papel do mediador, nesse contexto, é relevante para auxiliar as partes no processo de geração de valor, além de melhorar o fluxo de informações e montar uma agenda a partir dos interesses envolvidos, aplicando técnicas e trazendo ritmo à negociação. O baixo custo (se comparado a outros métodos de solução de conflitos) e a confidencialidade também são vistos como vantagens da mediação, que, mesmo quando não resolve o conflito, detém o potencial de melhorar a compreensão da disputa e dos interesses pelas partes envolvidas.

Os procedimentos de mediação são orientados pelos princípios da imparcialidade do mediador, da isonomia entre as partes, da oralidade, da informalidade, da autonomia da vontade das partes, da busca do consenso, da boa-fé e da confidencialidade<sup>3</sup>.

Apesar de a mediação no Brasil estar em franco crescimento – principalmente após a sua regulação pela Lei 13.140/2015 (LGL\2015\4771) (“Lei de Mediação”) e pelo Código de Processo Civil de 2015 (“CPC (LGL\2015\1656)”) – a mediação extrajudicial ainda tem um volume de casos pequeno<sup>4</sup> se comparado ao número de mediações e conciliações realizadas no âmbito judicial<sup>5</sup>.

É claro que o volume de demandas no Judiciário<sup>6</sup> é muito maior do que nas câmaras privadas de solução de conflitos, havendo diferentes perfis entre os usuários que buscam a justiça estatal e a privada, mas vale também destacar o estímulo à mediação pelo CPC (LGL\2015\1656)<sup>7</sup>, que previu a mediação obrigatória no início do procedimento<sup>8</sup>. Oferecer diferentes alternativas para a solução de conflitos, principalmente alternativas consensuais, é uma forma de estimular uma mudança cultural que transite da “cultura da sentença” para a “cultura da pacificação”<sup>9</sup>.

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, sendo o objetivo deste artigo trazer foco para esse tema, considerando as janelas de oportunidades para a mediação no curso da arbitragem, que tenham por objeto não apenas questões referentes ao mérito da disputa, mas também questões procedimentais.

Nesse sentido, foi realizada pesquisa empírica no primeiro semestre de 2021 pelas alunas, alunos e monitoras acadêmicas<sup>10</sup> da disciplina de “Mediação e Arbitragem” do curso de Graduação em Direito da FGV Direito SP, sob coordenação da Prof<sup>a</sup>. Daniela Monteiro Gabbay, com o intuito de melhor compreender o funcionamento da mediação paralela à arbitragem e o papel do mediador reserva no Brasil, 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.

No primeiro capítulo deste artigo, são apresentados o estado da arte e alguns referenciais teóricos para contextualizar o procedimento de mediação paralela e a figura do mediador reserva. Em seguida, no segundo capítulo são apresentados os resultados da pesquisa empírica desenvolvida com o intuito de ouvir profissionais, que trabalham com mediação privada e/ou arbitragem, sobre as janelas de oportunidades para a mediação paralela/no curso da arbitragem no Brasil. Por fim, no terceiro capítulo são analisados os principais desafios a serem enfrentados para a implementação da mediação paralela à arbitragem no Brasil.

## 2. O estado da arte

## 2.1. Oportunidades e janelas para a mediação

No estudo dos métodos extrajudiciais de solução de controvérsias, a mediação e a arbitragem geralmente são analisadas como institutos separados, cuja utilização concomitante, *prima facie*, parece ser inconciliável.

Contudo, a mediação e a arbitragem, integram, conjuntamente, um sistema “multiportas”<sup>11</sup>, que contém diversas vias de acesso à justiça que podem coexistir e ser utilizadas pelo tempo que durar a controvérsia entre as partes.

O bom aproveitamento dessas portas de acesso à justiça deve considerar as particularidades de cada caso concreto, seja em relação às questões procedimentais e de mérito, seja quanto ao comportamento e à postura das partes diante da controvérsia. E, cabe aos advogados e as advogadas ponderarem esses aspectos e informarem seus clientes sobre as possibilidades que “estão na mesa” e os possíveis caminhos a serem percorridos.

A mediação não é um instituto criado para substituir a arbitragem e nem uma via a ser necessariamente explorada e esgotada antes do início do procedimento arbitral<sup>12</sup>. As características da arbitragem diferem bastante da mediação, pois enquanto na arbitragem há o exercício de jurisdição pelo árbitro na decisão acerca do conflito, na mediação as partes é quem ditam e controlam o resultado da disputa, sendo um método que atua predominantemente no âmbito dos interesses e não dos direitos envolvidos<sup>13</sup>. Contudo, em qualquer momento de uma arbitragem, as partes podem optar pela mediação – o que é recomendado “quando a complexidade do conflito puder ser reduzida, esclarecida ou mesmo solucionada por esse método”<sup>14</sup>.

Diante de uma controvérsia, é comum que as partes hesitem em dar o primeiro passo em direção aos métodos consensuais<sup>15</sup>, 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.

Conforme destacam Edna Sussman e Diego Faleck, as janelas de mediação podem ser entendidas como “um período estabelecido no cronograma processual em que as partes discutirão se será útil ou não conduzir uma mediação”<sup>16</sup>.

Diego Faleck sugere três tipos diferentes de janela de mediação, quais sejam: (i) a espontânea; (ii) a contratual; e (iii) a institucional. A “espontânea” ocorre de modo natural durante o curso do procedimento arbitral, sem que haja acordo anterior entre as partes sobre a adoção da mediação ou qualquer suporte do árbitro, do tribunal arbitral ou da instituição arbitral. A “contratual”, por sua vez, ocorre quando as partes incluem uma janela de mediação na cláusula de resolução de controvérsias constante do instrumento contratual relacionado com o conflito. A cláusula contratual que dispõe sobre a janela de mediação pode regular o momento, a forma e o procedimento da mediação, incluindo se a mediação será obrigatória ou voluntária. Por fim, a “institucional” ocorre quando as câmaras ou centros estimulam as partes a adotarem o procedimento de mediação<sup>17</sup>.

Vale dizer que a “mediação reserva” tem uma particularidade em relação às “janelas de mediação”, que é o fato 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.

A pesquisa empírica tratada neste artigo teve como objeto, especificamente, a mediação reserva, com o fim de obter elementos para aprofundar a discussão de boas práticas e de oportunidades para a mediação no curso da arbitragem.

## 2.2. A mediação reserva e o procedimento arbitral

A figura do mediador reserva (“*Mediator-In-Reserve*”) foi introduzida no contexto da arbitragem internacional nos Estados Unidos pelo regulamento do *Judicial Arbitration and Mediation Services* (“JAMS”).

De acordo com a política do mediador reserva do JAMS<sup>18</sup> (“Política”), o mediador escolhido “estará à

disposição das partes para ajudar nas negociações de acordo no caso de, a qualquer momento durante o procedimento de arbitragem, todas as partes concordarem com a assistência do mediador”<sup>19</sup>. As partes não serão cobradas pela indicação do mediador reserva e não incorrerão no pagamento de honorários do mediador até que escolham utilizar esses serviços. A utilização do mediador reserva não é obrigatória e as partes podem alterar, de comum acordo, o mediador anteriormente escolhido.

Além disso, o mediador reserva “não será informado da escolha das partes até que elas decidam solicitar os serviços do mediador”<sup>20</sup> e o(s) árbitro(s) não terão ciência da identidade do mediador selecionado pelas partes ou se as partes optaram por tal serviço durante qualquer momento do procedimento arbitral.

No cenário brasileiro, ainda não há disposições específicas sobre o procedimento de mediação reserva nos regulamentos das instituições de mediação e arbitragem (janela institucional). Contudo, nada impede que as partes optem por este procedimento, à luz da autonomia da vontade, fazendo uso das janelas “espontânea” e “contratual” da mediação para aproveitar oportunidades disponíveis aos métodos consensuais no curso da arbitragem, a partir das particularidades de cada caso concreto.

Dessa forma, nos casos em que há procedimentos arbitrais em curso, nada obsta que as partes e seus advogados e advogadas avaliem se é o caso de submeter o conflito ou parte dele à mediação<sup>21</sup>. Esses conflitos podem ser sobre questões procedimentais ou de mérito, desde que recaiam sobre direitos disponíveis ou direitos indisponíveis que admitam transação<sup>22</sup>.

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.

Importante ressaltar que as partes devem escolher o mediador de comum acordo, que, após checagem de conflito de interesses, deverá informar às partes “antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas”<sup>23</sup>.

Com a aceitação para atuar como mediador, este fica impedido de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes pelo período de um ano, contado a partir da última audiência do caso em que atuou como mediador<sup>24</sup>. Ademais, 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”<sup>25-26</sup>.

Na hipótese em que o procedimento arbitral termine sem que ocorra a atuação do mediador reserva – sem ele ter tido, portanto, acesso às informações confidenciais sobre o caso –, entende-se que não há impedimentos para assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

A confidencialidade é também extremamente relevante ao procedimento de mediação paralela à arbitragem, prevendo o art. 30 da Lei de Mediação o dever de confidencialidade perante terceiros de “toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação”, que não pode 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”.

O dever de confidencialidade é aplicado ao mediador e às partes, a seus prepostos, advogados e advogadas, assessores técnicos e a outras pessoas que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação e se enquadrado nas hipóteses previstas em lei<sup>27</sup>. Dessa forma, o mediador reserva não pode se comunicar com o(s) árbitro(s) sobre questões relacionadas com o conflito em que atuam.

Ainda, nesse sentido, caso a mediação seja infrutífera e as partes tenham que retornar ao procedimento arbitral, as informações obtidas na mediação não poderão ser utilizadas na arbitragem, com exceção dos casos em que as partes autorizarem tal utilização expressamente. Caso as partes

não autorizem e sejam utilizadas informações da mediação como prova no procedimento arbitral, esta não poderá ser admitida<sup>28</sup>, e a conduta da parte que apresentou as informações pode ser considerada contrária à boa-fé.

Nos casos de mediação reserva, em que o procedimento de mediação ocorre concomitantemente ao procedimento arbitral, é facultado às partes requerer a suspensão da arbitragem enquanto estejam mediando a controvérsia<sup>29</sup>. Embora a lei de mediação disponha que nesses casos deve ocorrer a suspensão do processo judicial ou arbitral em curso<sup>30</sup>, faz parte da autonomia da vontade das partes decidir de forma diferente. Vale destacar que eventual suspensão da arbitragem não impede a concessão de medidas de urgência pelo juiz (nas hipóteses em que não há um tribunal arbitral constituído) ou pelo árbitro (nas hipóteses em que há um tribunal arbitral constituído)<sup>31</sup>.

A Lei de Arbitragem também prevê, no art. 21, § 4º, o papel do árbitro no estímulo à conciliação entre as partes, especialmente no início do procedimento, de forma que o próprio árbitro poderia sugerir, também, que as partes considerem a mediação no curso da arbitragem. Isso porque o gerenciamento do procedimento pelo árbitro engloba a possibilidade de apresentar outros meios extrajudiciais disponíveis para a resolução do conflito.

Ainda há escassez teórica e regulatória sobre esse tema no Brasil, o que torna ainda mais importante entender as suas perspectivas práticas e oportunidades de aplicação, razão pela qual foi realizada a pesquisa empírica cujos resultados são apresentados a seguir.

### 3. Pesquisa empírica

No primeiro semestre de 2021, as alunas, os alunos e as monitoras acadêmicas da disciplina de “Mediação e Arbitragem” do curso de Graduação em Direito da FGV Direito SP desenvolveram pesquisa empírica, sob coordenação da Profª. Daniela Monteiro Gabbay, com o intuito de melhor compreender as janelas de oportunidades para a mediação no curso da arbitragem no Brasil.

#### 3.1. Metodologia

A pesquisa empírica ocorreu por meio de coleta de dados realizada por “survey” submetido com base em metodologia de amostragem não probabilística – a partir da técnica denominada “bola de neve” (*snowball sampling*).

A técnica “bola de neve” se configura em um tipo de amostragem não probabilística que se utiliza de cadeias de referência, de tal forma que, embora não seja possível determinar a probabilidade de seleção de cada participante na pesquisa, é um meio útil para estudar determinados grupos<sup>32</sup>. Em linhas gerais, a execução da amostragem em bola de neve se constrói da seguinte maneira: inicialmente, identifica-se um perfil específico de respondente que se busca atingir, apresenta-se a proposta de estudo e, após obter/registrar os dados, solicita-se que o(a) respondente repasse a pesquisa adiante para outras pessoas pertencentes à mesma população-alvo<sup>33</sup>.

Dessa forma, a amostra é autogerada, contando com a colaboração voluntária do(s) membro(s) inicial(is) e dos subseqüentes, sendo assim, uma amostragem não probabilística, vez que, mesmo que seja definida matematicamente a quantidade de pessoas a serem pesquisadas, nem todos os elementos da população-alvo têm a mesma possibilidade de serem atingidos pelas indicações e “aqueles com maior visibilidade social têm maior probabilidade de serem selecionados”<sup>34</sup>.

O termo “bola de neve”, vale dizer, denota justamente a supramencionada ideia: da mesma forma que uma bola de neve rola ladeira abaixo, cada vez mais aumentando seu tamanho, assim o é com esta metodologia baseada em técnica amostral, que vai crescendo na medida em que os indivíduos convidados convidam novos participantes<sup>35</sup>.

A amostragem em bola de neve passou a ter como grande aliado o alcance das redes sociais, que facilitam o processo de coleta de informações, fornecendo à pesquisa um conjunto cada vez maior de contatos potenciais – de tal forma que uma das principais vantagens desta metodologia é que a um baixo custo chega-se a diversos entrevistados. A técnica de bola de neve é utilizada, principalmente, para fins exploratórios, usualmente com três objetivos principais: atingir maior compreensão sobre dado tema, testar a viabilidade de realização de um estudo mais amplo, e testar a aceitação de certas propostas<sup>36</sup>.

Por fim, é relevante ponderar que a amostragem em bola de neve possui certas limitações que influem nos resultados da pesquisa. Dessa forma, diz-se que, estando a preocupação da pesquisa relacionada a uma população relativamente pequena de pessoas (que possivelmente estejam em constante contato umas com as outras), a amostragem em bola de neve mostra-se como uma forma com potencial eficaz para construir uma base de amostragem exaustiva<sup>37</sup>. Por outro lado, há um ponto delicado: o possível inconveniente de acessar apenas pontos de vista semelhantes. Isto pois, os indivíduos muito provavelmente indicarão pessoas de seu ciclo pessoal – o que pode limitar a variabilidade de narrativas possíveis<sup>38</sup>.

Com efeito, tendo sido apresentada – ainda que de forma bastante breve em razão dos limites deste artigo – a metodologia utilizada para a coleta dos dados, passa-se, então, a tratar da forma específica pela qual se realizou a pesquisa e, bem assim, do perfil de respondentes identificado.

Como se mencionou, este artigo baseia-se em pesquisa realizada por meio de um *survey* eletrônico disparado em “bola de neve” nas redes sociais e por meio de mensagens eletrônicas, com o objetivo de coletar respostas passíveis de contribuir para um debate mais qualificado sobre oportunidades para mediação no curso do procedimento arbitral (“Pesquisa Empírica”).

O compartilhamento do *survey* foi feito via redes sociais, pelas alunas e alunos, pelas monitoras acadêmicas da disciplina de “Mediação e Arbitragem” na FGV Direito SP e pela Prof<sup>a</sup>. Daniela Monteiro Gabbay, tendo ele ficado disponível para respostas entre os dias 19.05.2021 e 22.07.2021.

O público-alvo de respondentes buscado foi de pessoas graduadas em Direito e que trabalhem e/ou estudem com mediação privada e/ou arbitragem. Com efeito, findo o período estipulado para o preenchimento do *survey*, foram obtidas 162 (cento e sessenta e duas) respostas, sendo autodeclarado o seguinte perfil pelos respondentes:

**(1) Quanto à atuação:** 112 pessoas (69,1%) atuam em escritório de advocacia, 14 pessoas (8,6%) atuam no setor público; 14 pessoas (8,6%) atuam em empresa privada, 7 pessoas (4,3%) atuam em instituições/entidades/câmaras de arbitragem e/ou de mediação, 2 pessoas (1,2%) atuam na academia/docência; 1 pessoa (0,6%) atua como assistente de árbitro, sendo que os demais (7,6%) foram considerados como pertencente à categoria “outros”;

**(2) Quanto ao tempo em que atua como advogado(a):** 55 pessoas (34%) atuam há menos de 5 anos, 36 pessoas (22,2%) atuam entre 20 e 30 anos, 34 pessoas (21%) atuam entre 10 e 20 anos, 25 pessoas (15,4%) atuam entre 5 e 10 anos e 12 pessoas (7,4%) atuam há mais de 30 anos;

**(3) Quanto ao gênero:** a maioria (104 pessoas, 64,2%) identificou-se como pertencente ao gênero feminino, seguido de 57 pessoas (35,2%) que se identificaram com o gênero masculino e por 1 pessoa (0,6%) que preferiu não se identificar;

**(4) Quanto ao perfil do escritório de advocacia:** 54 pessoas (33,3%) atuam em escritórios de pequeno porte (até 10 advogados/as), 36 pessoas (22,2%) atuam em escritórios de médio porte (de 10 a 50 advogados/as), 26 pessoas (16%) atuam em escritórios de grande porte (mais de 50 advogados/as), enquanto 46 pessoas (28,4%) não trabalham em escritório de advocacia;

**(5) Quanto ao estado de atuação:** a maioria (111 pessoas, 68,5%) declarou atuar predominantemente em São Paulo, seguido pelo Rio de Janeiro (39 pessoas, 24,1%), Goiás (4 pessoas, 2,5%), Rio Grande do Sul (3 pessoas, 1,9%), Alagoas (3 pessoas, 1,9%), Paraná (3 pessoas, 1,9%), Bahia (2 pessoas, 1,2%), Santa Catarina (2 pessoas, 1,2%), Minas Gerais (2 pessoas, 1,2%), Pernambuco (2 pessoas, 1,2%) e Espírito Santo (1 pessoa, 0,6%)<sup>39</sup>.

**(6) Quanto à afinidade com o tema e a experiência com os métodos extrajudiciais privados de resolução de controvérsias:**

**(6.1.) questionados sobre o procedimento de mediação privada:** 41,4% dos respondentes declararam nunca ter participado de um procedimento de mediação privada, tendo todos os demais declarado já ter participado<sup>40</sup>.

**(6.2.) questionados especificamente sobre a participação em procedimentos arbitrais:** 35,8% dos respondentes declararam nunca ter participado de um procedimento arbitral, tendo todos os demais declarado já ter participado<sup>41</sup>.

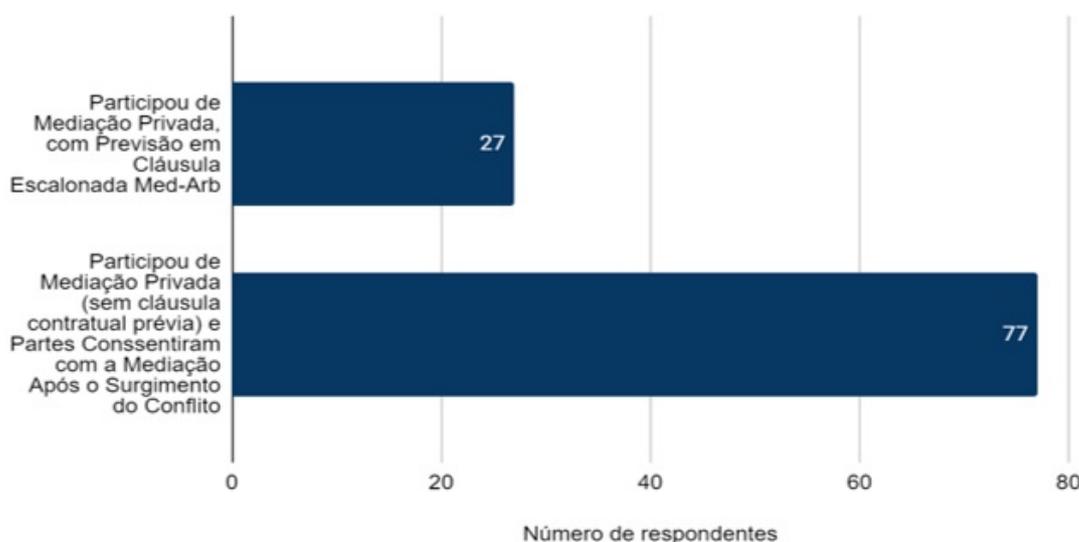
### 3.2. Resultados do survey

#### 3.2.1. Adesão à mediação paralela: cláusula “Med-Arb”, funcionamento da mediação e previsão no regulamento das câmaras arbitrais

Para analisar a adesão dos respondentes à mediação paralela, foram explorados, no *survey*, a frequência da previsão de cláusula “Med-Arb” nos contratos, a possibilidade de recomendação de um mediador reserva e as previsões dos regulamentos das câmaras que os entrevistados conheciam e/ou em que trabalhavam.

Das 162 pessoas que responderam ao *survey*, apenas 27 delas afirmaram já ter participado de uma mediação privada que havia sido prevista em cláusula escalonada Med-Arb nos contratos, enquanto, por outro lado, 77 pessoas (47,5% do total) afirmaram que, apesar de não haver previsão nos contratos, já haviam participado de mediações, tendo as partes consentido com a mediação após o surgimento do conflito.

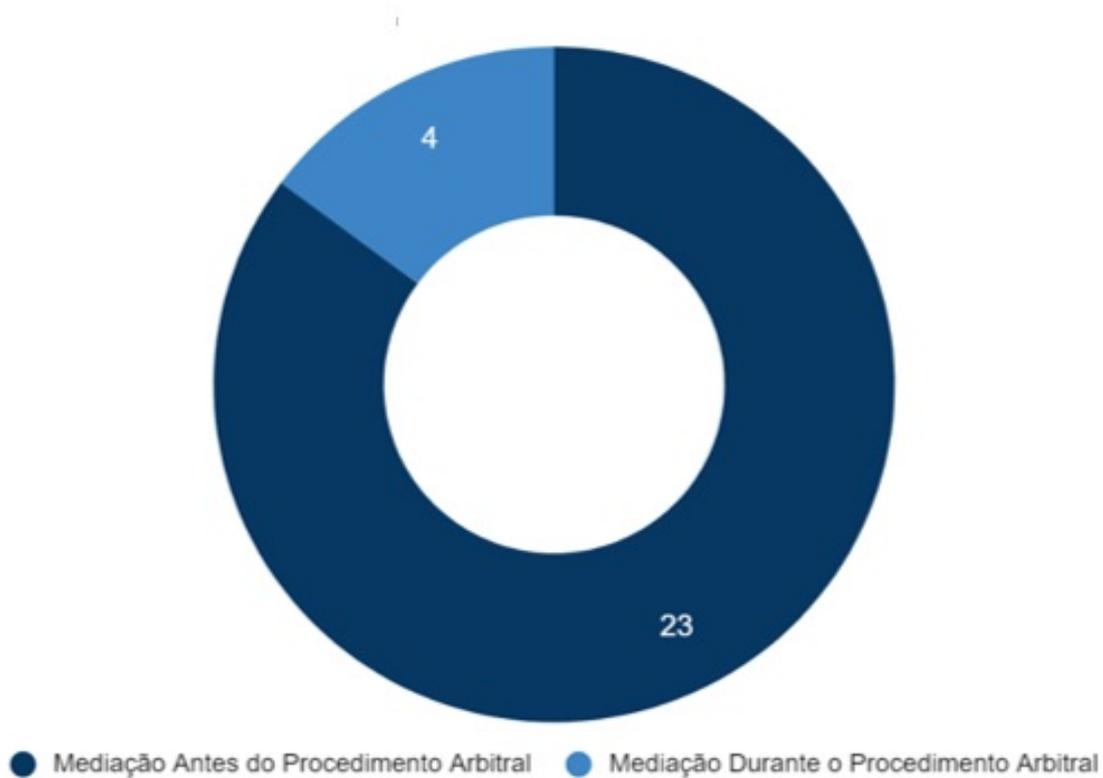
#### Gráfico 01 – Participação na Mediação Privada



Fonte: elaborado pelas autoras com o resultado da Pesquisa Empírica.

Dentre aqueles que responderam que participaram do procedimento de mediação em razão da cláusula Med-Arb, 23 delas apontaram a ocorrência da mediação antes do procedimento arbitral e quatro indicaram sua ocorrência durante a arbitragem.

#### Gráfico 02 – Ocorrência da Mediação Privada, quando presente a cláusula Med-Arb

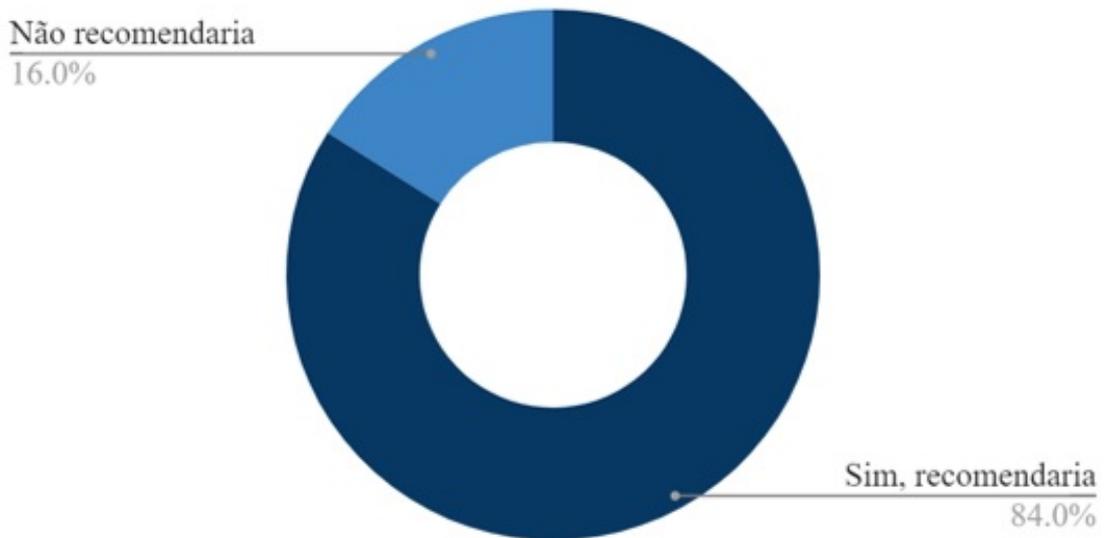


*Fonte:* elaborado pelas autoras com o resultado da Pesquisa Empírica.

Dessa forma, observa-se que há uma oportunidade a ser explorada tanto pelos advogados e pelas advogadas, quanto pelas partes: a porta da mediação paralela pode ser “aberta” e, de acordo com as respostas obtidas, infere-se que grande parte dos entrevistados está disposto a olhar para ela depois de surgido o conflito e instaurado o procedimento arbitral.

Apesar de a porcentagem de mediações que haviam sido previstas pela cláusula “Med-Arb” ser pequena, em uma pergunta subsequente, aproximadamente 84% dos respondentes afirmaram que recomendariam a seus clientes a escolha de um mediador, por um custo fixo mínimo, no início da arbitragem, para se manter à disposição das partes no decorrer do procedimento:

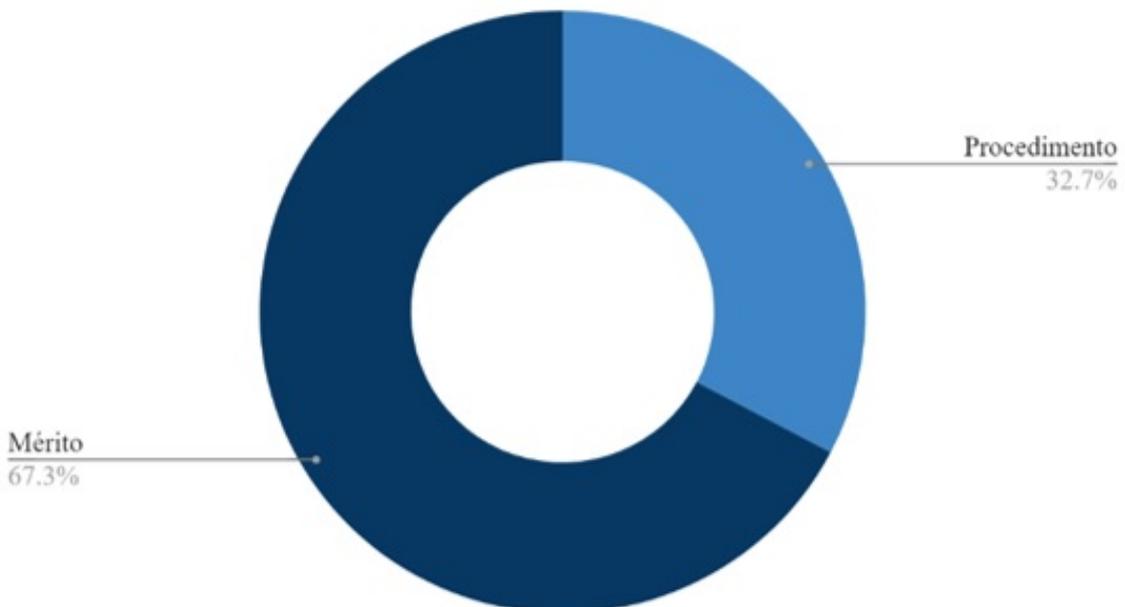
**Gráfico 03 – Recomendação de mediador reserva escolhido consensualmente pelas partes para ficar à disposição no curso do procedimento arbitral, por um custo fixo mínimo**



Fonte: elaborado pelas autoras com o resultado da Pesquisa Empírica.

Em relação ao objeto sobre o qual esse mediador atuaria no início do procedimento arbitral, entre as opções de **(i)** questões referentes ao procedimento da disputa (por exemplo: fixação de pontos controvertidos para fase instrutória, possibilidade de bifurcação do procedimento arbitral, consensos necessários durante a produção de provas); e **(ii)** questões referentes ao mérito da disputa (no todo ou em parte); a maioria (109 pessoas) respondeu que o mediador reserva deveria atuar em relação a questões referentes ao mérito:

**Gráfico 04 – Atuação do mediador reserva**

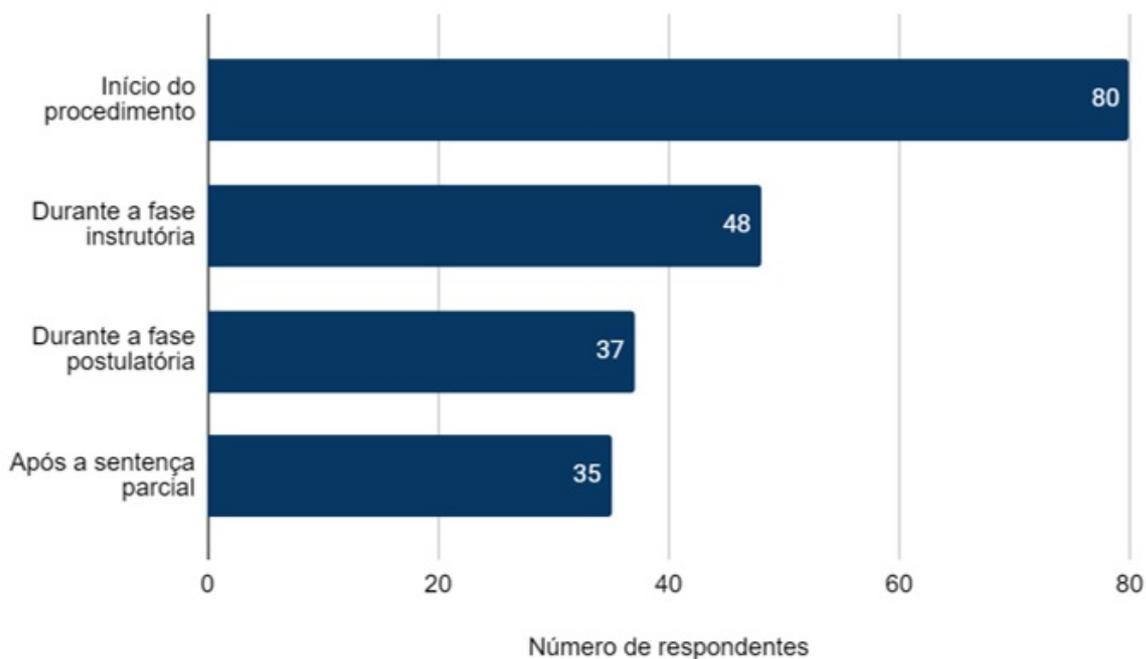


Fonte: elaborado pelas autoras com o resultado da Pesquisa Empírica.

Em relação às respostas à pergunta “em que momento você acharia mais adequado utilizar o

mediador reserva?”, a maioria dos respondentes (80 pessoas, 49,4%) afirmou que seria mais adequado utilizar o mediador logo no início do procedimento. Em contrapartida, 48 pessoas (29,6%) acreditam que seria mais adequado utilizá-lo durante a fase instrutória, enquanto 37 pessoas (22,8%) prefeririam utilizá-lo durante a fase postulatória e 35 pessoas (21,6%) após eventual sentença parcial.

**Gráfico 05 – Melhor momento para utilização do mediador reserva**



*Fonte:* elaborado pelas autoras com o resultado da Pesquisa Empírica.

Os respondentes, em sua maioria (126 pessoas, 77,8%), afirmaram que logo no início do procedimento deve haver uma reunião prévia das partes com o mediador reserva escolhido, tanto para fornecer informações acerca do funcionamento do procedimento, quanto para fixar a agenda e assentar expectativas. O restante (36 pessoas, 22,2% dos respondentes), afirmou que a reunião deveria ocorrer apenas se fosse requisitada pelas partes:

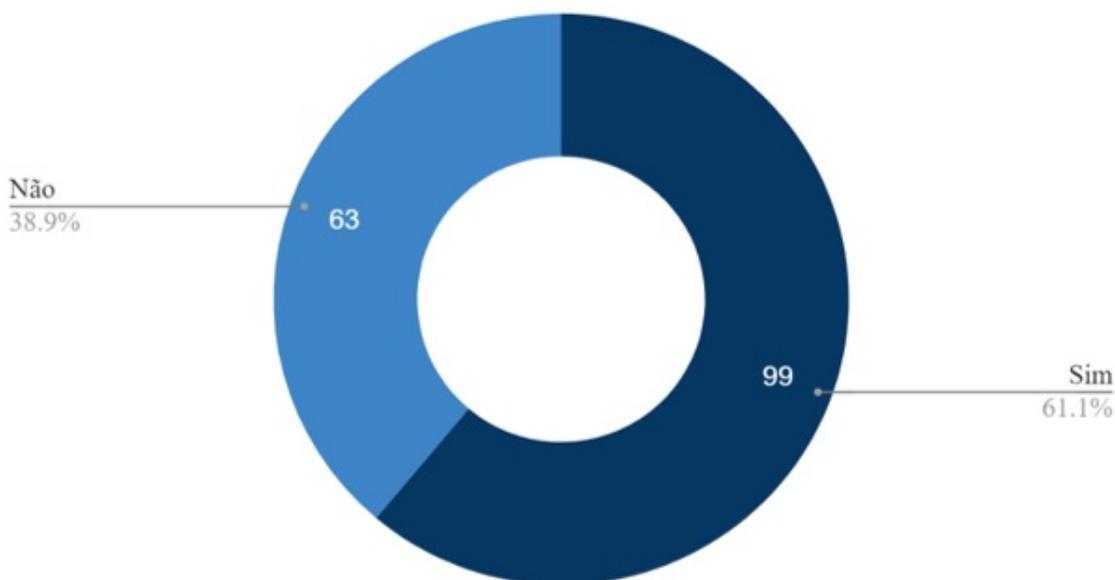
**Gráfico 06 – Necessidade de reunião prévia informativa com o mediador reserva**



Fonte: elaborado pelas autoras com o resultado da Pesquisa Empírica.

Por outro lado, quanto ao questionamento acerca da necessidade de suspensão do procedimento arbitral para a utilização da mediação, a maioria dos respondentes entende que o procedimento arbitral deve ser suspenso. Contudo, 38,9% dos respondentes preferem a não suspensão do procedimento arbitral:

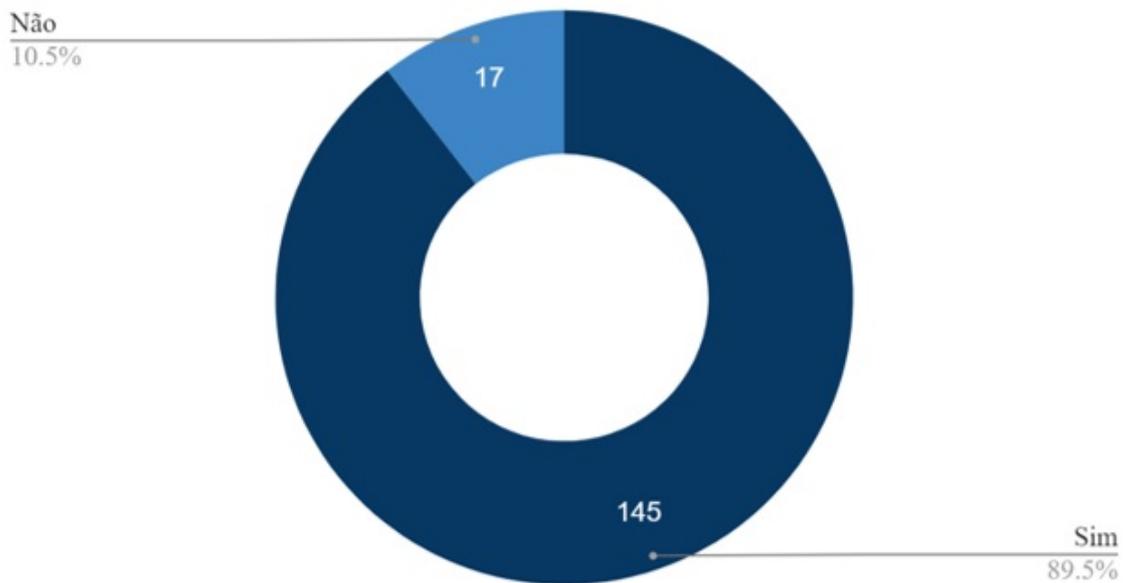
**Gráfico 07 – Caso as partes decidissem, durante o procedimento arbitral, utilizar o mediador reserva, o procedimento deveria ser suspenso?**



Fonte: elaborado pelas autoras com o resultado da Pesquisa Empírica.

Por fim, em relação ao papel das câmaras arbitrais no incentivo à utilização da mediação reserva, 89,5% dos respondentes entenderam que elas devem oferecer o procedimento no seu regulamento:

**Gráfico 08 – As câmaras arbitrais deveriam oferecer o procedimento com mediador reserva?**

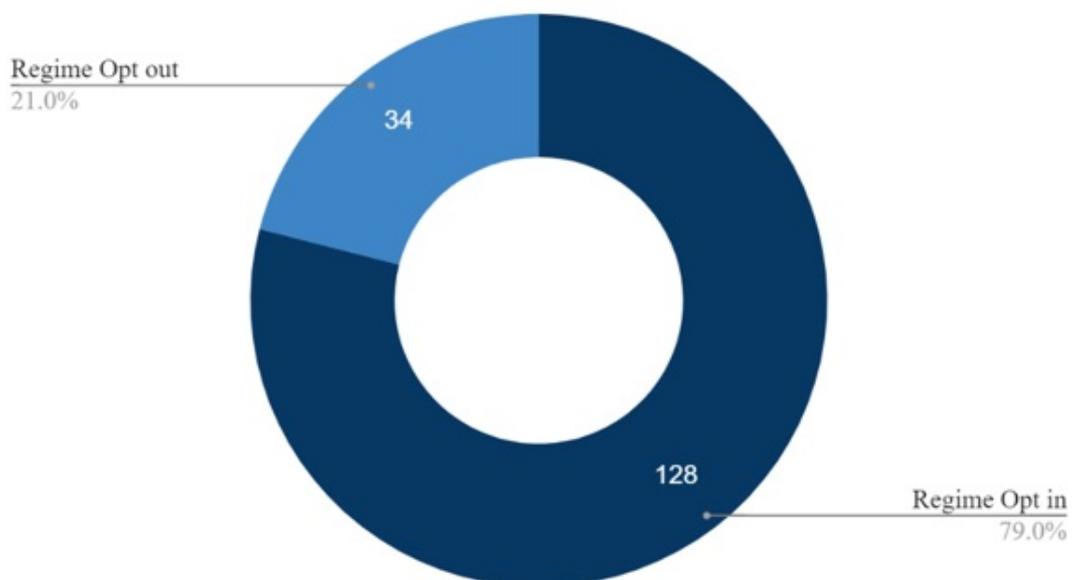


Fonte: elaborado pelas autoras com o resultado da Pesquisa Empírica.

Esse resultado demonstra a importância de regular a mediação paralela e a atuação do mediador reserva no curso da arbitragem, inclusive como forma de incentivo ao seu uso.

Em relação ao modo como deve ser regulado o tema, a grande maioria dos respondentes (79%) afirmou que a mediação paralela deve se dar sob a ótica do regime *opt in*: ou seja, por meio de um regime de manifestação de vontade específica de acionamento do mecanismo. Em contrapartida, os outros 21% afirmaram que o regime *opt out* – em que o silêncio das partes é considerado como interesse na utilização do mediador reserva – seria o mais adequado:

**Gráfico 09 – O mediador reserva deveria ser regime “opt in” ou “opt out”**



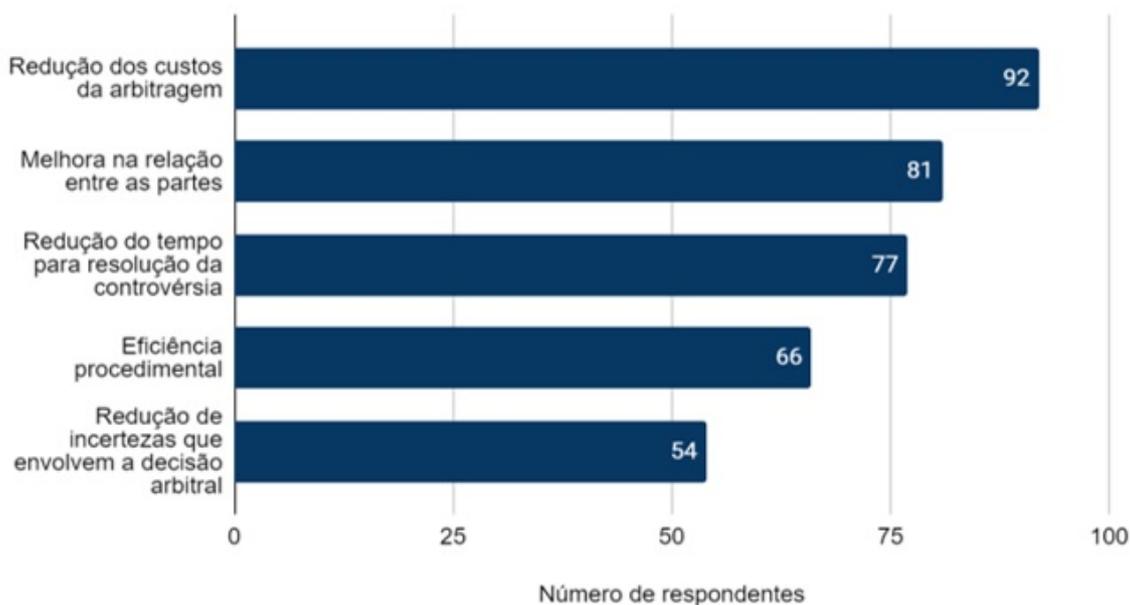
Fonte: elaborado pelas autoras com o resultado da Pesquisa Empírica.

**3.2.2. Vantagens e desvantagens da mediação paralela à arbitragem**

Os respondentes do *survey* também foram questionados acerca das vantagens e desvantagens da mediação paralela ao procedimento arbitral. Em relação às vantagens, 92 pessoas responderam que a principal delas seria a redução dos custos da arbitragem, no caso de as partes chegarem a um acordo quanto ao mérito ou mesmo ao procedimento. Vale também destacar que alguns regulamentos de instituições arbitrais também preveem reembolso de honorários de árbitros e taxas de administração às partes no caso de advento de acordo que encerre antecipadamente o procedimento.

Também se destacam como principais vantagens a melhora na relação entre as partes (opção escolhida por 81 respondentes) e a redução do tempo para resolução da controvérsia (opção escolhida por 77 respondentes). Ademais, o aumento da eficiência procedimental e a redução das incertezas que envolvem a decisão arbitral foram citados por, respectivamente, 66 e 54 entrevistados:

**Gráfico 10 – Vantagens da mediação paralela à arbitragem**

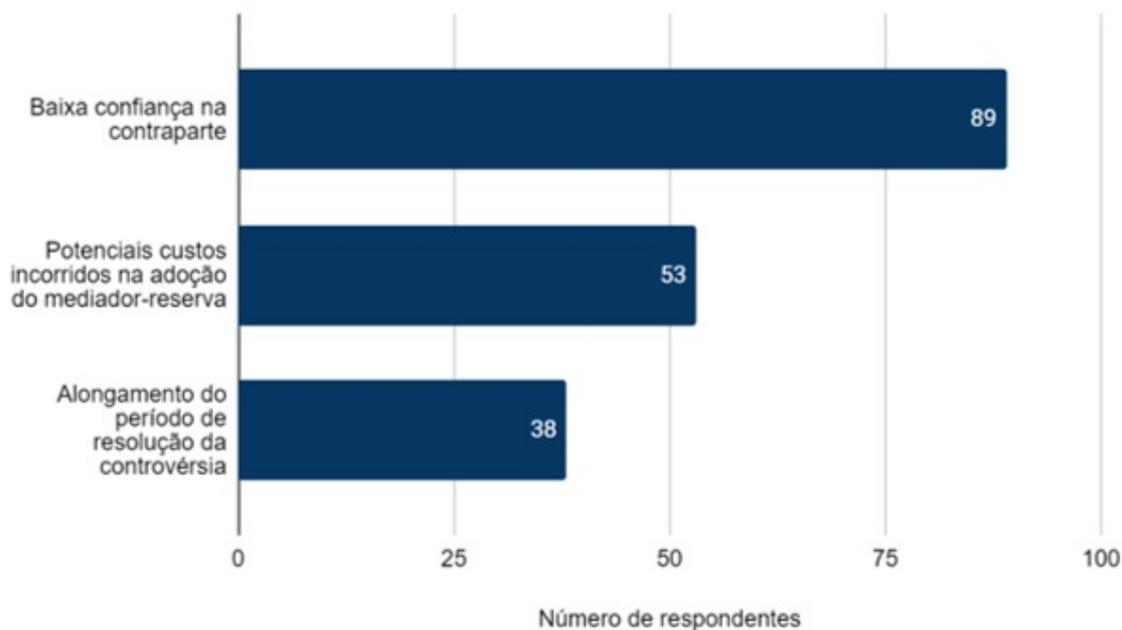


*Fonte:* elaborado pelas autoras com o resultado da Pesquisa Empírica.

Os respondentes ainda tiveram a opção de destacar quais outras possíveis vantagens enxergavam na mediação paralela. Destacaram no item “outros” as seguintes respostas: o protagonismo das partes na resolução dos conflitos; a visibilidade, pelas partes, dos pontos fortes e fracos de suas posições na arbitragem, especialmente caso se adote a mediação avaliativa; e o auxílio às partes para encontrarem soluções mais adequadas a depender de questões internas ou externas à arbitragem.

Em relação às desvantagens da mediação paralela ao procedimento arbitral, 89 respondentes apontaram que a principal delas é a baixa confiança na contraparte pelo clima adversarial e receio de compartilhar informações que possam ser usadas no curso do litígio. Destaca-se também que 53 e 38 entrevistados apontaram, respectivamente, como principal desvantagem, os potenciais custos incorridos na adoção do mediador reserva e o alongamento do período de resolução da controvérsia:

**Gráfico 11 – Desvantagens da mediação paralela à arbitragem**



Fonte: elaborado pelas autoras com o resultado da Pesquisa Empírica.

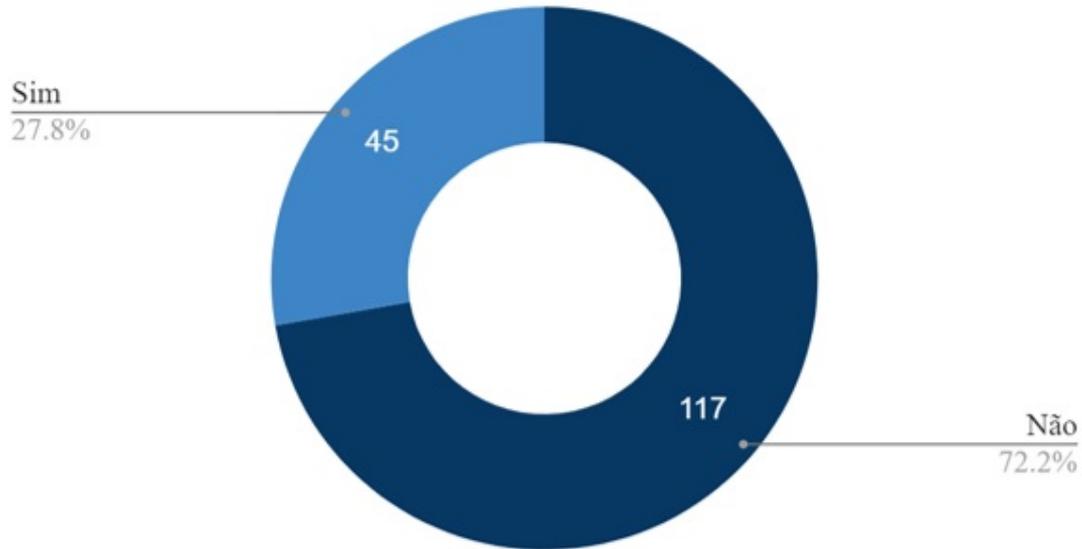
Os respondentes ainda destacaram no item sobre outras desvantagens que poderiam decorrer do uso do mediador reserva: a deturpação do instituto para servir como medida protelatória, o risco de *fishing expedition* e o desincentivo ao tribunal arbitral para uma atuação mais eficiente.

Cabe destacar que apenas 1,9% dos respondentes declaram que não veem nenhuma vantagem no uso do mediador reserva, ao passo em que 24,1% indicaram não observar qualquer desvantagem no uso desse procedimento.

### 3.2.3. Papel do mediador e relação do mediador com árbitro

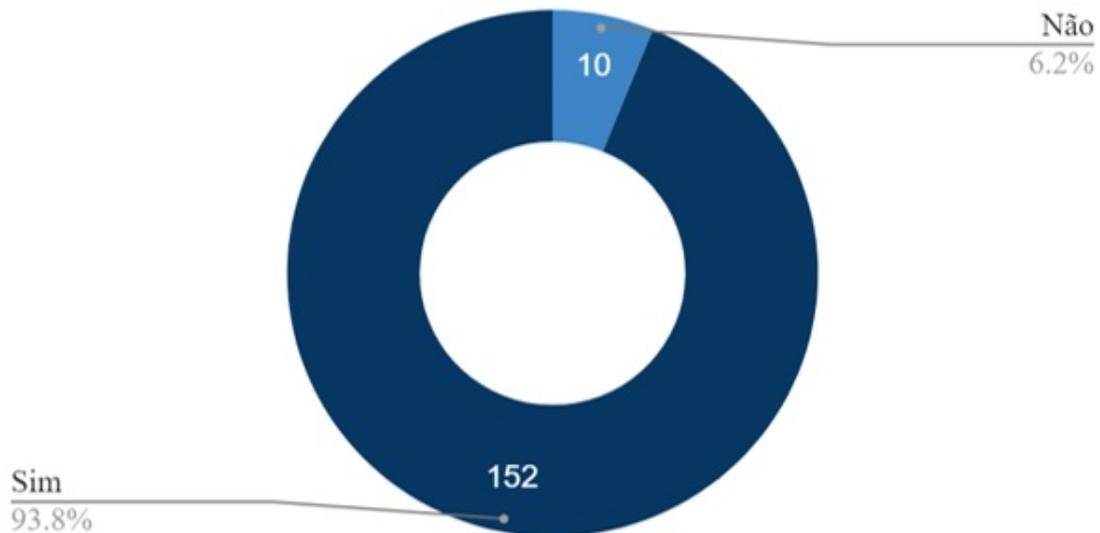
Na análise acerca do papel do mediador reserva, é inevitável analisar como deve ser a sua eventual relação com o árbitro. Nesse sentido, foram feitos dois questionamentos no *survey*: em primeiro lugar, se o mediador e o árbitro deveriam manter contato e, em segundo lugar, se os árbitros deveriam ter conhecimento da utilização da mediação paralela. As respostas obtidas seguem refletidas em ilustração gráfica:

#### Gráfico 12 – O mediador reserva e o árbitro deveriam ter contato?



Fonte: elaborado pelas autoras com o resultado da Pesquisa Empírica.

**Gráfico 13 – Os árbitros deveriam ter conhecimento da utilização do mediador reserva?**



Fonte: elaborado pelas autoras com o resultado da Pesquisa Empírica.

Como se pode ver, em relação à primeira questão, 72,2% dos entrevistados, isto é, 117 pessoas, acreditam que não deveria haver contato entre o mediador e o árbitro, provavelmente considerando o risco de trocas de informações que possam comprometer a imparcialidade do árbitro e a confidencialidade da mediação. Apenas 27,8% (45 pessoas) acreditam que o contato deve ocorrer, o que pode permitir que o árbitro auxilie as partes na utilização da mediação, embora esse seja um tópico sensível, considerando a imparcialidade do árbitro e os deveres de confidencialidade da mediação<sup>42</sup>.

Em relação à segunda questão, por outro lado, a grande maioria dos respondentes (93,8%)

entendeu que os árbitros deveriam ter conhecimento acerca da utilização da mediação no curso do procedimento arbitral.

#### 4. Desafios da mediação reserva

Uma das principais preocupações em relação à mediação realizada no curso da arbitragem ocorre quando a mesma não resulta em acordo, havendo a retomada da arbitragem e os receios em relação à confidencialidade das informações produzidas e compartilhadas pelas partes no procedimento de mediação. Mesmo com a inserção de cláusula de confidencialidade no termo da mediação, proibindo as partes de utilizarem as informações decorrentes da mediação em procedimento de arbitragem<sup>43</sup>, é possível que tais informações influenciem (ainda que inconscientemente) a estratégia das partes no curso do procedimento arbitral. Contudo, esse é um risco que não é exclusivo da mediação paralela, mas dos procedimentos consensuais em geral, que presumem a construção de confiança e o compartilhamento de informações para que seja possível gerar valor e opções de ganho mútuo a partir das divergências de interesses relacionados à disputa.

O *survey* revelou que 54,9% dos respondentes apontam a baixa confiança em sua contraparte e o receio de compartilhar informações no curso do litígio como uma das principais desvantagens da utilização da mediação durante o procedimento arbitral. Cabem às partes, auxiliadas de seus advogados e advogadas, ponderarem esse risco na análise de tomada de decisão, e ao mediador ressaltar os princípios da mediação previstos em lei para a criação de um ambiente seguro e de confiança entre as partes, podendo aplicar técnicas como o cáucus (sessões privadas), por exemplo, quando as partes não estão confortáveis em compartilhar informações em sessões conjuntas.

Quando a mediação resulta em acordo, este costuma ser homologado por meio de sentença arbitral, tornando-se título executivo judicial<sup>44</sup>. Contudo, é importante destacar que mesmo que não se atinja um acordo, as partes podem sair do procedimento compreendendo melhor a disputa e os interesses envolvidos – benefício indireto que demonstra que o sucesso ou insucesso da mediação não deve ser apurado apenas em função do advento do acordo.<sup>45</sup>

Ao invés de protelar a resolução do conflito, esse benefício demonstra como a mediação também pode contribuir para agilizar o seu deslinde, especialmente se estiver à disposição das partes no curso de todo o procedimento, possibilitando um alinhamento constante de interesses e a melhora no relacionamento entre elas.

A manutenção (não suspensão) do procedimento arbitral é característica comum na mediação reserva ou paralela, que está à disposição das partes no curso de todo o procedimento arbitral, sem aumentar o tempo de duração da solução da disputa. A suspensão da arbitragem, contudo, foi preferida pela maioria (61,1%) dos respondentes do *survey*.

Quando é o melhor momento para utilizar a mediação paralela? Ela deve tratar de questões de mérito ou de questões procedimentais da arbitragem? Deve ser institucional ou *ad hoc*? Sendo institucional, como a instituição deve oferecer o procedimento de mediação paralela à arbitragem?

Essas são questões ainda em aberto e que foram objeto do *survey*. Em termos gerais, as partes podem convencionar acerca da janela espontânea de adesão à mediação, mas o papel das instituições de mediação e arbitragem é muito relevante ao regular e oferecer as janelas institucionais<sup>46</sup>.

Sob a ótica do sistema *opt in* e *opt out*, a depender do regulamento da câmara ou do centro escolhido, a mediação paralela pode ser um mecanismo que as partes optam expressamente por aderir antes de recorrerem à arbitragem (*opt in*) ou será um passo automático e presumido ao iniciar a disputa, previsto no regulamento da Câmara, salvo quando as partes ressalvam expressamente que a sua adoção não é desejada (*opt out*), regime de presunção adotado em muitos centros de arbitragem em relação à arbitragem expedita, por exemplo.

De acordo com Leathes, enquanto em procedimentos judiciais o sistema *opt out* é mais comum, em procedimentos arbitrais grande parte das instituições ainda adota o sistema *opt in* em seus regulamentos<sup>47</sup>.

No entanto, algumas câmaras vêm modificando esse entendimento e adotando o modelo *opt out* como forma de incentivo à mediação paralela, para eliminar o estigma daquele que toma a iniciativa

de requerer a mediação. Nesse sentido, a *American Arbitration Association* previu no artigo 9 de suas “Regras de Arbitragem Comercial e Procedimentos de Arbitragem”, a opção de mediação anterior à instauração ou durante o procedimento, salvo acordado de forma diferente pelas partes, em todos os conflitos com valor superior a US\$ 75.000, devendo as partes se manifestarem caso não possuam interesse<sup>48</sup>.

Diego Faleck sugere que as câmaras arbitrais sejam responsáveis pelo oferecimento de janelas de mediação em alguns momentos do procedimento arbitral<sup>49</sup>. Nessas janelas, que ocorreriam em momentos estratégicos do procedimento, as partes informariam à instituição, de forma confidencial, se possuem interesse em uma sessão de mediação. Ao manifestarem interesse pela mediação, o receio de demonstração de fraqueza ou de renunciar a vantagens negociais é mitigado, pois a câmara somente agendará uma sessão de mediação caso ambas as partes manifestem interesse. Caso contrário, a câmara simplesmente comunicaria as partes que não houve interesse na mediação<sup>50</sup>.

Ou seja, o receio do estigma de fraqueza da parte que sugere o início da mediação, decorrente da baixa confiança em sua contraparte – que foi a principal desvantagem apontada pelos respondentes do *survey* – é mitigado pela implementação da mediação paralela nos regulamentos das Câmaras no regime *opt out*.

O uso da mediação também pode emanar da vontade contratual das partes, que, em determinados casos, inclusive, optam de antemão pelos dois mecanismos ao celebrarem as chamadas cláusulas Med-Arb. A cláusula Med-Arb – utilizada por 27 dos 95 respondentes do *survey* que disseram já ter participado de mediação privada – prevê que as partes devem se sujeitar a uma sessão de mediação antes de instaurar um procedimento arbitral.

A cláusula Arb-Med, por sua vez, é menos explorada, conforme apontado pelos resultados do *survey*, sendo o presente artigo um convite para se refletir sobre suas vantagens e potencialidades, uma vez que a mediação não está vocacionada apenas à fase prévia à instauração do procedimento arbitral, havendo janelas no curso da arbitragem, a partir do avanço do procedimento, produção de provas e decisões do Tribunal Arbitral, a serem exploradas estrategicamente para construir uma solução adequada da disputa, a partir do respeito aos interesses e relacionamento entre as partes.

## 5. Conclusão

O procedimento de mediação paralela e o mediador-reserva são temas pouco explorados no ambiente jurídico internacional e nacional – seja na teoria ou na prática. Ainda que no ambiente internacional tenham sido dados os primeiros passos de estudo sobre esses temas, no Brasil a discussão ainda é bastante incipiente. Com a escassez teórica e regulatória e o crescimento da importância da mediação no país, é necessário compreender as perspectivas práticas e as oportunidades de sua aplicação no Brasil.

Diante desse cenário, por meio de uma pesquisa empírica com profissionais brasileiros que atuam na área de mediação e arbitragem, buscou-se entender as oportunidades e os desafios relacionados à mediação paralela ao procedimento arbitral. A partir do resultado obtido pela pesquisa empírica, nota-se que apesar de algumas ressalvas, a maioria dos respondentes recomendaria a adoção da mediação no curso dos procedimentos arbitrais.

Ademais, a maioria dos respondentes entende (i) que o procedimento arbitral deveria ser suspenso para a mediação paralela ocorrer, (ii) que o mediador reserva não deveria ter contato com os árbitros, (iii) que deveria ocorrer uma reunião prévia das partes com o mediador reserva escolhido logo no início do procedimento arbitral e (iv) que as câmaras e centros de mediação e de arbitragem deveriam oferecer e regular o procedimento de mediação paralela, que, por sua vez, deveria ocorrer no regime *opt in*.

Os respondentes também entendem que a principal vantagem da mediação paralela seria a redução dos custos da arbitragem no caso de as partes chegarem a um acordo quanto ao mérito ou ao procedimento do caso, seguido pela melhora na relação entre as partes, pela redução do tempo para resolução da controvérsia, o aumento da eficiência procedimental e a redução das incertezas que envolvem a decisão arbitral.

Por outro lado, os respondentes também acreditam que as principais desvantagens do procedimento

de mediação paralela são a baixa confiança na contraparte pelo clima adversarial, o receio de compartilhar informações que possam ser usadas no curso do litígio, os potenciais custos incorridos na adoção do mediador-reserva e o alongamento do período de resolução da disputa.

Apesar de ser um primeiro passo para o estudo da mediação paralela, a pesquisa empírica demonstrou que os advogados e as advogadas que trabalham com arbitragem e mediação privada estão dispostos a considerar sua utilização. Em outras palavras, a pesquisa demonstrou que o procedimento de mediação paralela merece atenção, no ponto de vista teórico, prático e regulatório e contribuirá como mais uma opção para as partes solucionarem suas controvérsias.

## 6. Referências bibliográficas

AAKER, David A.; KUMAR, V.; DAY, George S. *Pesquisa de marketing*. São Paulo: Atlas, 2007.

BECKER, Howard. *Métodos de pesquisa em ciências sociais*. São Paulo: Hucitec, 1993.

BERNARD, H. Russel. *Research methods in anthropology: qualitative and quantitative approaches*. Lanham, MD: AltaMira Press, 2005.

CAM-CCBC. *Mediação Estatísticas*. Disponível em: [\[https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/mediacao-estatisticas/\]](https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/mediacao-estatisticas/).

CCI. *Statistics*. Disponível em: [\[https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics-2020/\]](https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics-2020/).

CIESP/FIESP. *Estatísticas da Câmara*. Disponível em: [\[www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/estatisticas-camara.html\]](http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/estatisticas-camara.html).

CJF. *II Jornada Prevenção e solução extrajudicial de litígios: Enunciados Aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2021.

CNJ. *Justiça em Números 2021: ano-base 2020*. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2021.

CNJ. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2020.

COE JUNIOR, Jack J. Concurrent Co-Mediation – Toward a More Collaborative Centre of Gravity in Investor-State Dispute Resolution. In: TITI, Catharine; GOMEZ, Katia Fach (Ed.). *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

COSTA, Barbara Regina Lopes. Bola de Neve Virtual: O uso das redes sociais virtuais no processo de coleta de dados de uma pesquisa científica. In: *Revista Interdisciplinar de Gestão Social*, UFBA, v. 7, n. 1, 2018.

FALECK, Diego. Opening Mediation Windows: Role of Parties, Contracts and Institutions. In: *NY Dispute Resolution Lawyer*, v. 14, n. 1, 2021.

GABBAY, Daniela. Mediação de conflitos no âmbito jurídico: o crescimento da mediação empresarial no Brasil. *Cadernos FGV Projetos: Mediação*, Rio de Janeiro, n. 26, dez. 2015.

GUERRERO, Luis Fernando. Efetividade das estipulações voltadas à instituição dos meios multiportas de solução de litígios. Tese (Doutorado) – USP, Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Processual – DPC, São Paulo, 2012.

LEATHES, Michael. The Dispute Resolution Dilemma: Opt-In or Opt-Out? In: *Kluwer Mediation Blog*. Maio 2014. Disponível em: [\[http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2014/05/18/the-dispute-resolution-dilemma-opt-in-or-opt-out/\]](http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2014/05/18/the-dispute-resolution-dilemma-opt-in-or-opt-out/).

MAY, Tim. *Pesquisa social: questões, métodos e processos*. Porto Alegre: Artmed, 2004.

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). *Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SANDER, Frank; ROZDEICZER, Lukasz. *Matching Cases and Dispute Resolution Procedures*:  
Página 18

Detailed Analysis Leading to a Mediation Centered Approach. Harvard Negotiation. L. Rev. 2006.

STIPANOWICH, Thomas J.; MIRONI, Mordehai. “Switching Hats”: Developing International Practice Guidance for Single-Neutral Med-Arb, Arb-Med, and Arb-Med-Arb. *NY Dispute Resolution Lawyer*, v. 14, n. 1, 2021.

STIPANOWICH, Thomas J. Arbitration, Mediation and Mixed Modes: Seeking Workable Solutions and Common Ground on Med-Arb, Arb-Med and Settlement-Oriented Activities by Arbitrators. *Legal Studies Research Paper Series*. Paper Number 2020/25.

SUSSMAN, Edna. The Mediation Window: An Arbitration Process Measure to Facilitate Settlement. *NY Dispute Resolution Lawyer*, v. 13, n. 1, 2020.

TARTUCE, Fernanda; GABBAY, Daniela; FALECK, Diego. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

VINUTO, Juliana. A amostragem em bola de neve na pesquisa qualitativa: um debate aberto. *Temáticas*, FCH – UNICAMP, 2014, n. 44, ano 22.

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.

## Legislação

BRASIL. *Código de Processo Civil (2015)*. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (LGL\2015\4771) (*Lei de Mediação*). Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 (LGL\1996\72) (*Lei de Arbitragem*). Brasília, DF: Senado Federal, 1996.

---

1 .Conforme destacam Sander e Rozdeiczner, “One obvious reason for thinking about the process is to choose the one that will give the parties the most appropriate tool to resolve their dispute, and that will best satisfy their interests”. (SANDER, Frank; ROZDEICZER, Lukasz. *Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation Centered Approach*. Harvard Negotiation. L. Rev. 2006. p. 2).

2 .Tartuce, Gabbay e Faleck ressaltam que “analisar o conflito, mapear interesses, definir critérios, priorizar e optar: esses são alguns passos necessários para a adequada escolha do meio de solução de conflitos, que pode ocorrer tanto com a inserção de uma cláusula de solução de conflitos no contrato, como pode ser objeto de ajuste entre as partes em momento posterior, com a assistência ou não de seu advogado. O importante é sempre ter em vista que a escolha que deve se adequar ao conflito, e não vice-versa” (TARTUCE, Fernanda; GABBAY, Daniela; FALECK, Diego. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 11).

3 .Lei de Mediação, Art. 2º.

4 .A título de exemplo, vale citar os números das mediações administradas pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM-CCBC”), no qual desde a sua fundação até 2019 foram instaurados 61 procedimentos de mediação (CAM-CCBC. *Mediação Estatísticas*. Disponível em: [https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/mediacao-estatisticas/]. Acesso em: 27.12.2021). A Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da CIESP/FIESP, por sua vez, administrou – desde que fundada até dezembro de 2020 – 51 procedimentos de mediação

(CIESP/FIESP, *Estatísticas da Câmara*. Disponível em:  
[[www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/estatisticas-camara.html](http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/estatisticas-camara.html)]. Acesso em: 27.12.2021).

Por fim, em número ligeiramente maior, a Câmara de Comércio Internacional (CCI), em suas estatísticas referentes ao ano de 2020, reportou que apenas neste último ano teria havido um recorde no número de mediações – que totalizaram 45 novos procedimentos (CCI. *Statistics*. Disponível em: [<https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics-2020/>]. Acesso em 27.12.2021).

5 .De acordo com os dados obtidos junto ao Conselho Nacional de Justiça, (“CNJ”) no ano de 2020, houve 2.426.027 sentenças homologatórias de acordos proferidas por juízas e juizes no Brasil. (CNJ. *Justiça em Números 2021: ano-base 2020*. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2021)

6 .De acordo com o Relatório Justiça em Números 2020, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”), ao final do ano de 2019 existiam 62,9 milhões ações judiciais em andamento no Brasil (CNJ. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2020)

7 .CPC (LGL\2015\1656): “Art. 3, § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

8 .CPC (LGL\2015\1656): “Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência”.

9 .De acordo com Kazuo Watanabe, 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. p. 684-690).

10 .Ana Paula Ribeiro Nani, Anna Flávia Brito, Bianca Bertho, Giulia Spalletta, Júlia Palmeira, Lorena Braga Ferreira e Thaís Helena Teixeira Tenani.

11 .Sobre sistema multiportas, *vide* LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. “Sistema Multiportas”: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: SALLES, LORENCINI e SILVA (Coord). *Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 43-71; e GUERRERO, Luis Fernando. *Efetividade das estipulações voltadas à instituição dos meios multiportas*

de solução de litígios. Tese (Doutorado) – USP, Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Processual – DPC, São Paulo, 2012. p. 13.

12 .Cf. COE JUNIOR, Jack J. *Concurrent Co-Mediation Toward a More Collaborative Centre of Gravity in Investor–State Dispute Resolution*, p. 2, que analisa a mediação paralela no contexto de arbitragem de investimento.

13 .Conforme destaca Diego Faleck, a mediação é *um processo superior para lidar com barreiras cognitivas, incentivar a flexibilidade, promover o intercâmbio de informações*: “Mediation is, without doubt, a superior process to deal with cognitive barriers, encourage flexibility, promote exchange of

information, circumvent obstacles such as different perspectives of facts or law, and assist parties to resolve their disputes and satisfy their interests” (FALECK, Diego. *Opening Mediation Windows: Role of Parties, Contracts and Institutions*. In: *NY Dispute Resolution Lawyer*, v. 14, n. 1, 2021. p. 51).

14 .Nesse sentido, o enunciado 169 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos do Conselho da Justiça Federal estabelece que: “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”.

15 .SUSSMAN, Edna. *The Mediation Window: An Arbitration Process Measure to Facilitate Settlement*. In: *NY Dispute Resolution Lawyer*, v. 13, n. 1, 2020. p. 20.

16 .Tradução livre. Original: “[A] time set in the procedural schedule when the parties will discuss whether or not it would be useful to conduct a mediation” (FALECK, Op. cit., p. 52).

17 .FALECK. Op. cit. p. 52-53.

18 .Disponível em:

[[www.jamsadr.com/mediator-in-reserve/#:~:text=The%20mediator%20so%20selected%20\(the,to%20enlist%20the%20](http://www.jamsadr.com/mediator-in-reserve/#:~:text=The%20mediator%20so%20selected%20(the,to%20enlist%20the%20)  
Acesso em: 27.12.2021).

19 .Tradução livre. Original: “The mediator so selected (the ‘Mediator-in-Reserve’) will be available to the parties to assist in settlement negotiations in the event that, at any time in the course of the arbitration proceedings, the parties all agree to enlist the mediator’s assistance.” (JAMS, *JAMS Mediator-in-Reserve Policy for International Arbitrations*. Disponível em:

[[www.jamsadr.com/mediator-in-reserve/#:~:text=The%20mediator%20so%20selected%20\(the,to%20enlist%20the%20](http://www.jamsadr.com/mediator-in-reserve/#:~:text=The%20mediator%20so%20selected%20(the,to%20enlist%20the%20)  
Acesso em: 27.12.2021).

20 .Tradução livre. Original: “The Mediator-in-Reserve will not be informed of the parties’ selection until and unless the parties decide to request the mediator’s services.” (JAMS. *JAMS Mediator-in-Reserve Policy for International Arbitrations*. Disponível em:

[[www.jamsadr.com/mediator-in-reserve/#:~:text=The%20mediator%20so%20selected%20\(the,to%20enlist%20the%20](http://www.jamsadr.com/mediator-in-reserve/#:~:text=The%20mediator%20so%20selected%20(the,to%20enlist%20the%20)  
Acesso em: 27.12.2021).

21 .Lei de Mediação: “Art. 3º, § 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele”.

22 .Lei de Mediação: “Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. Ainda, “o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público” (art. 3, § 2º, da Lei de Mediação).

23 .Lei de Mediação, art. 5º, parágrafo único.

24 .Lei de Mediação: “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”.

25 .Lei de Mediação: “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.”

26 .Diferentemente dos Estados Unidos, em que é permitido que uma pessoa atue como árbitro e como mediador do mesmo conflito, na prática conhecida como “troca de chapéus”, a Lei de Mediação não permite essa atuação. Para mais informações sobre a prática de “troca de chapéus”, vide STIPANOWICH, Thomas J.; MIRONI, Mordehai. “Switching Hats”: Developing International Practice Guidance for Single-Neutral Med-Arb, Arb-Med, and Arb-Med-Arb. In: *NY Dispute Resolution Lawyer*, v. 14, n.1, 2021.

27 .Lei de Mediação: “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”.

28 .Lei de Mediação: “Art. 30 § 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial”.

29 .Enunciado 198 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos do Conselho da Justiça Federal: “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” e Enunciado 216 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos do Conselho da Justiça Federal: “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”.

30 .Lei de Mediação: “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”.

31 .Lei de Mediação: “Art. 16, § 2º A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro”. Lei de Arbitragem: “Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência”.

32 .VINUTO, Juliana. A amostragem em bola de neve na pesquisa qualitativa: um debate aberto. *Temáticas*, FCH – UNICAMP, n. 44, ano 22, 2014.

33 .COSTA, Barbara Regina Lopes. Bola de Neve Virtual: O uso das redes sociais virtuais no processo de coleta de dados de uma pesquisa científica. In: *Revista Interdisciplinar de Gestão Social*, UFBA, v. 7, n. 1, 2018.

34 .AAKER, David A.; KUMAR, V.; DAY, George S. *Pesquisa de marketing*. São Paulo: Atlas, 2007.

35 .BECKER, Howard. *Métodos de pesquisa em ciências sociais*. São Paulo: Hucitec, 1993. p. 155.

36 .VINUTO, Juliana. *Op. cit.*

37 .Ibidem, p. 207.

38 .MAY, Tim. *Pesquisa social: questões, métodos e processos*. Porto Alegre: Artmed, 2004. p. 158.

39 .Vale ressaltar que as porcentagens aqui esboçadas ultrapassam 100%, vez que os respondentes podiam optar por mais de um estado enquanto “local de atuação”.

40 .Constituindo o grupo que disse já ter participado de um procedimento de mediação privada, 49 pessoas responderam que participaram como mediadores(as), 45 indicaram que participaram como advogados(as) do escritório que auxilia a empresa (parte no conflito), 13 pessoas identificaram que participaram na posição de advogados(as) da própria empresa (parte no conflito), 8 pessoas participaram como partes, 2 pessoas como advogados(as) colaborativos, e os demais foram classificados na categoria “outros”.

41 .Constituindo o grupo que disse já ter participado de um procedimento de arbitragem, 71 pessoas declararam ter participado como advogados(as) das partes, 7 pessoas como árbitros(as), 21 pessoas como advogados(as) e árbitro(a), 25 pessoas como secretário(a) arbitral, 6 pessoas como *case manager*, 3 pessoas como parte, 2 pessoas como assistente técnico e 1 pessoa como assistente de árbitro. Vale dizer que, dos que já participaram de arbitragens, a maioria declarou utilizar o CAM-CCBC (54,9%), a CCI (42%), a CIESP/FIESP (40,7%), a Câmara do Mercado (17,9%) e a AMCHAM (16%); 25,9% declararam utilizar outras instituições e 3,7% dos respondentes declararam a utilização de procedimentos *ad hoc*.

42 .Lei de Mediação: “Art. 2º, VII – A mediação será orientada pelos seguintes princípios: VII – confidencialidade”.

43 .A confidencialidade não impede que a própria parte que apresentou os documentos na mediação os utilize em eventual procedimento arbitral como meio de prova.

44 .Enunciado 204 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos do Conselho da Justiça Federal: “O termo final de mediação extrajudicial constitui título executivo extrajudicial, independentemente da assinatura de testemunhas no instrumento”.

45 .Enunciado nº 625 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O sucesso ou insucesso da mediação ou da conciliação não deve ser apurado apenas em função da celebração de acordo”.

46 .FALECK. Op. cit. p. 53.

47 .LEATHES, Michael. The Dispute Resolution Dilemma: Opt-In or Opt-Out? In: *Kluwer Mediation Blog*. Maio 2014. Disponível em: [<http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2014/05/18/the-dispute-resolution-dilemma-opt-in-or-opt-out/>]. Acesso em: 27.12.2021.

48 .Tradução livre. Original: Rule 9 of the Commercial Arbitration Rules: “In all cases where a claim or counterclaim exceeds \$75,000, 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”. Disponível em

[[www.adr.org/sites/default/files/CommercialRules\\_Web-Final.pdf](http://www.adr.org/sites/default/files/CommercialRules_Web-Final.pdf)]. Acesso em: 27.12.2021. Nesse mesmo sentido, o ICDR dispõe no art. 6 de suas International Arbitration Rules que “Subject to (a) any agreement of the parties otherwise or (b) the right of any party to elect not to participate in mediation, the parties shall mediate their dispute pursuant to the ICDR’s International Mediation Rules concurrently with the arbitration”. Disponível em:

[[https://go.adr.org/rs/294-SFS-516/images/ICDR\\_Rules.pdf](https://go.adr.org/rs/294-SFS-516/images/ICDR_Rules.pdf)]. Acesso em: 27.12.2021.

49 .FALECK. Op. cit., p. 52.

50 .FALECK. Op. cit., p. 53.