

A escolha da mediação e do mediador nas disputas de Propriedade Intelectual – to be or not to be an expert?

Nathalia Mazzonetto¹

Sumário: 1. Introdução; 2. As disputas de Propriedade Intelectual (PI) e o uso da mediação; 3. Conteúdo e o tipo de conflito; 4. O papel do mediador; 5. A escolha do mediador; 5.1. As particularidades de um mediador especialista; 5.2. Há o mediador ideal? 5.3. As recentes experiências na área da Propriedade Intelectual; 6. Considerações finais; 7. Referências bibliográficas e outras referências.

Resumo: Com a crescente procura pelos mecanismos consensuais de resolução de conflitos, como a mediação, muito tem se discutido a respeito do perfil ideal de terceiro neutro para a condução do processo, sobretudo nas disputas empresariais e de nichos especializados, como, por exemplo, a propriedade intelectual. Alguns centros de resolução de disputas têm dado especial atenção aos mediadores chamados *especialistas*, ou seja, com conhecimento na matéria de fundo. Este artigo pretende, assim, fomentar a discussão em torno do tema da escolha do mediador, chamando a atenção para os principais aspectos da especialização do mediador, retomando, de modo simultâneo, as particularidades do exercício desse papel.

Palavras-chaves: Mediação – mediador – papel do mediador – mediador especialista – disputas de propriedade intelectual e a mediação.

Abstract: Given the growing demand for the use of consensual mechanisms of conflict resolution, such as mediation, specialists have been discussing on neutrals' ideal profile for conducting a procedure, especially for commercial and complex/specialized disputes, that is the case of intellectual property disputes. Some institutions have been giving special attention to the 'specialists', professionals with expertise on merits and material discussion. This article aims to discuss the mediator's appointment, drawing special attention to aspects regarding the expertise of the mediator, focusing, also, on the purposes and features of the role of the mediator.

Keywords: Mediation – mediator – the role of mediator – expert mediator – intellectual property disputes and mediation.

1. Introdução

Muito tem se discutido recentemente a respeito do uso da mediação para a resolução de conflitos. Isso se deve não apenas ao advento da famosa Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, cuidando especialmente da conciliação e a mediação como instrumentos efetivos de

¹ Advogada. Sócia de Müller Mazzonetto Advogados. Formada em Direito pela PUC/SP. Especialista em Direito Arbitral e Processual pela *Università degli Studi di Milano*. Especialista em Propriedade Intelectual pela *Università Commerciali Luigi Bocconi* e pela FGV/SP (GVLaw). Mestre em Direito Processual Civil e Doutoranda pela USP.

pacificação social, solução e prevenção de litígios e colaboradores, também, na busca da redução da excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; mas também à discussão do Projeto de Lei, hoje em trâmite no Congresso Nacional, que pretende estabelecer o marco legal da mediação.

Fato é, porém, que hoje a mediação já é uma realidade na prática. Ao lado da tratativa normativa da mediação e dos trabalhos para o seu aperfeiçoamento no contexto das disputas judiciais, acompanhamos, recentemente, um crescente movimento de importantes instituições privadas responsáveis pela administração de procedimentos de arbitragem para desenvolver, igualmente, as chamadas *mediações institucionais* ou *administradas*, consolidando, assim, uma extensa prática *ad hoc* e voltando-se para a criação de uma cultura de recurso à mediação também no contexto das disputas de natureza empresarial.

Ressalta-se, ainda, outro movimento, que também se verificou com o amadurecimento e desenvolvimento da arbitragem no Brasil, como mecanismo de resolução de conflitos, que consiste na especialização dos centros, a fim de atender demandas de natureza técnicas e de nichos/segmentos específicos, dentre os quais, destacamos disputas do setor energético, de construção civil, condominiais, de propriedade intelectual, de que trataremos especificamente neste artigo.

Nesse cenário, de criação de centros especializados de resolução de disputas, pode-se afirmar que muitos foram os debates em torno do tema das listas e quadros de mediadores ditos ‘especialistas’ e dos atrativos que tais centros ofereceriam aos seus usuários, senão um serviço especializado na matéria de sua *expertise*. Porém, da mesma forma que o tema foi discutido como uma vantagem em relação a possíveis aproximações mais ‘generalistas’ ou da condução de um procedimento de mediação por mediador altamente conhecedor do processo de mediação e das técnicas deste tipo de processo, debateu-se, também, sobre os possíveis riscos e cuidados necessários na eleição de um mediador *especialista*, ou seja, que conhece de mediação e do conteúdo material da disputa.

O propósito do presente artigo, assim, longe de trazer conclusões definitivas sobre o perfil do mediador, busca discutir a natureza do seu papel, o cenário em que atua e os tipos de disputas onde desenvolve seu trabalho, tecendo, ao final, considerações críticas sobre a escolha desse profissional, apontando para possíveis atrativos e desafios de ser ele um especialista na matéria objeto da disputa.

2. As disputas de Propriedade Intelectual (PI) e o uso da mediação

O universo da Propriedade Intelectual encerra uma série de interesses e modalidades de bens intangíveis, dentre os quais se compreendem *serviços, certos direitos, a energia, o*

*poder de controle sobre as sociedades empresariais, e os bens relacionados aos direitos de clientela.*²

As normas internacionais e as diretrizes do Banco Central do Brasil definem como recursos intangíveis os conhecimentos científicos, concepção e implantação de novos processos ou sistemas, licenças, propriedade intelectual, conhecimento de mercado e marcas comerciais, incluindo nomes comerciais e outros. Dentre os itens que aí se incluem, destacam-se os softwares, patentes, direitos autorais, filmes, listas de clientes, franquias, relacionamentos com clientes e fornecedores, fidelidade de clientes, quotas de mercado e direitos de comercialização. Em outras palavras, são definidos como intangíveis os ativos não monetários identificáveis e sem substância física. Um ativo intangível deve satisfazer o critério de identificação para se distinguir do *goodwill*, ou seja, pode ser separado ou dividido da entidade e negociado individualmente ou em conjunto, ou, ainda, resultar de direitos contratuais ou legais.³

A Convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI, por sua vez, define como Propriedade Intelectual a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.⁴

Dessa infinidade de bens e ativos e dos possíveis interesses envolvidos, resulta um enorme potencial de eclosão de conflitos e, por vezes, disputas. Disputas, via de regra, de alto conteúdo técnico, que não raro precisam envolver engenheiros, químicos, biólogos, estudiosos de linguística, dentre outros profissionais com formação especializada.

Disputas, ainda, que trazem em jogo segredos de negócios, informações privilegiadas e de natureza confidencial dos *players* envolvidos e que não podem tardar, sob pena de inviabilizarem o uso, a pesquisa e o desenvolvimento de tecnologias que são atuais e absolutamente efêmeras, tornando-as obsoleta e, sendo tardia a resposta que se busca na solução do conflito, sem qualquer efeito.

Essas particularidades das disputas que envolvem os direitos de propriedade intelectual fazem da mediação uma via inequivocamente atraente, vantajosa e, sem sombra de dúvidas, de todo adequada para a resolução de disputas nesse setor.

Em assim sendo, se para outros tipos de litígios a mediação é um mecanismo de vantagens, por ser um instituto consensual, que se desenvolve num ambiente de total

² BORGES BARBOSA, Denis. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 31.

³ Confira em: https://www.bcb.gov.br/nor/convergencia/IAS_38_Ativos_Intangiveis.pdf. Acesso em 11.06.2014.

⁴ Vide: <http://www.wipo.int/about-ip/en/>, acesso em 11.06.2014.

confidencialidade, flexível e que pode ser conduzido, com maior previsibilidade, por técnicos/especialistas no assunto, no contexto da propriedade intelectual ele ganha ainda mais destaque e pertinência.

Isso porque, como se destacou, são disputas, em sua grande maioria, que fogem aos argumentos puramente jurídicos, esbarrando em questões de alto e complexo conteúdo técnico e, nesse particular, é importante destacar que são poucos os Estados no Brasil que possuem varas ou câmaras judiciais especializadas e, quando o são, não julgam apenas propriedade intelectual, mas, também, demandas previdenciárias, empresariais de outra natureza (disputas societárias, de recuperação judicial, etc.), valendo dizer que, muitas vezes, em disputas de softwares, muito embora sejam altamente empresariais, sobretudo na atualidade, em razão do regime jurídico adotado – correspondente àquele aplicável aos direitos autorais –, são, por questões de repartição de competência e organização judiciária, destinadas a câmaras de direito privado comum, cujo foco e *expertise* não são nessa matéria altamente técnica.

Não obstante, a confidencialidade da mediação também se apresenta como um atrativo importante, na medida em que nem sempre se consegue obter o tão almejado, em disputas de propriedade intelectual, segredo de justiça, a rigor, indispensável para resguardar a alma dos negócios do(s) litigante(s). Com efeito, a jurisprudência estatal mostra que são diminutos os casos em que o sigilo é decretado, eis que inexistente quaisquer das hipóteses do artigo 155 do Código de Processo Civil.

De outro lado, há que se ter presente que o consenso das partes se mostra como peça chave a resguardar os laços comerciais e negociais eventualmente existentes entre as partes envolvidas. Chama-se a atenção, nesse particular, para o fato de que, em determinados setores e indústrias, os fornecedores, parceiros e pesquisadores acabam sendo sempre os mesmos e únicos no mercado, do que decorre uma especial preocupação em manter boas relações, evitando-se atritos e desgastes entre si, na medida em que certamente voltarão a precisar/dependem um do outro.

A flexibilidade, nesse campo, é igualmente algo positivo, haja vista que na grande parte das vezes as disputas de propriedade intelectual comportam um *pool* de direitos e interesses, que nem sempre se encaixam de modo preciso, e no momento adequado, na redação dos conceitos e institutos preclusivos, tais como a causa de pedir, do processo civil e da própria arbitragem. A flexibilidade também interessa quando se tem presente que as disputas de propriedade intelectual, via de regra, extrapolam as fronteiras e os limites de uma única jurisdição.⁵

De fato, são disputas internacionais e que normalmente buscam um posicionamento/uma diretriz global em relação ao tema/ao direito envolvido. Disso decorre que não apenas pode ser extremamente custoso e até inviável iniciar um litígio, seja ele judicial, seja ele arbitral, em diversas jurisdições, sem deixar de lado a questão

⁵ A respeito do tema: Technology Transactions: Managing Risks Arising from Disputes, *in Wipo Magazine*, set. 2011.

do tempo disso e impactos nas tecnologias em debate, resultando possíveis decisões conflitantes e desarmônicas, quando o ideal seria obter uma uniformidade de orientação.

Por fim, mais do que num juízo estatal e também arbitral, neste último, sobretudo, pela falta de uma *jurisprudência arbitral*,⁶ a mediação pode se destacar pela maior previsibilidade dos desfechos. Quando se está diante de matéria tão técnica e complexa, as sentenças quase sempre são de todo imprevisíveis, afetando, desse modo, a operacionalização dos negócios, as pesquisas e o desenvolvimento de novas tecnologias e do próprio país.

3. Conteúdo e o tipo de conflito

De tudo o que vimos acima, resta claro o quanto interessante pode ser recorrer à mediação para a resolução de conflitos de propriedade intelectual. Superando a etapa da escolha da mediação, outras se apresentam, notadamente nas disputas empresariais e de conteúdo tão especializado, como aquelas de propriedade intelectual.

Dada a variedade de direitos e interesses decorrentes, diversos são os tipos de conflitos que podemos verificar no universo da propriedade intelectual. São bastante comuns as disputas tendo por objeto: i. a titularidade de direitos (de criações atuais e potenciais outras criações); ii. a contestação e arguição de nulidade de direitos constituídos pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI); iii. a forma de exploração de tais direitos, quando dele decorrem licenças, quando há co-titularidade; iv. as condições e remunerações acordadas para tal exploração; v. alegações de infração de direitos; vi. em alguns casos, uma oculta finalidade de, tão-somente, firmar posição no mercado competitivo, dentre outras.

Em paralelo ao objeto que motiva o conflito, como destacamos acima, é de se notar que o conflito surge e se manifesta como resultado de distintas causas ou motivos, as quais são interessantes que identifiquemos quando a ideia é justamente trabalhá-lo. Nesse particular, pertinentes a classificação e lições de Christopher Moore.⁷ Para Moore, os conflitos encontram suas causas em uma ou mais das cinco seguintes áreas, a seguir listadas:

- a) Conflitos sobre informações/dados (*data conflicts*) – nascem de falta de informação ou falha no fluxo informacional, seja por apreensão ou interpretação distinta;
- b) Conflitos sobre interesses (*interest conflicts*) – manifestam-se em razão da competição de necessidades incompatíveis ou, então, como tal apreendidas. Originam-se quando uma ou mais partes avaliam que para satisfazer suas necessidades, devem sacrificar a(s) outra(s) que a ela(s) se opõe(m). Possuem por objeto questões substanciais, tais como dinheiro, recursos físicos, tempo,

⁶ Nem sempre é assim. Faz-se referência aqui às instituições que publicam, anonimamente, as sentenças arbitrais de alguns dos procedimentos que administram, dentre elas, destaca-se a Câmara de Comércio Internacional, a CCI.

⁷ *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*. 4a ed. Jossey Bass, 2014.

- etc., ou podem, ainda, resultar de procedimentos/sistemas psicológicos que operam distintamente;
- c) Conflitos de valores (*value conflicts*) – eclodem quando as pessoas têm diferentes estilos e percepções de vida/mundo, variando o critério como decidem, como buscam seus objetivos;
 - d) Conflitos sobre as estruturas (*structural conflicts*) – são originados de estruturas opressivas das relações humanas. Forças externas tais como: autoridade, escassez de recursos, tempo, estruturas organizativas e hierárquicas, respondem por grande parte deles;
 - e) Conflitos nas relações (*relationship conflicts*) – decorrem de intensas emoções negativas, percepções equivocadas ou estereotipadas da realidade e/ou do outro, escassa ou nula comunicação entre os envolvidos e condutas negativas que se repetem.

Essa classificação tipológica, desde que não levada às últimas consequências – é preciso recordar que estamos diante de um procedimento flexível e que partir para uma categorização do problema/conflito pode ter impactos negativos justamente em razão de uma perigosa tentativa de enquadrar algo que se apresenta como tal e que pode ser diverso do que aparenta –, pode ser pertinente para a escolha do mediador, assim como da estratégia, técnicas e ferramentas a serem por ele exploradas.

Com efeito, quando jogamos luz no centro do problema, diferentes respostas podem se apresentar. Isso porque, se o que motiva o conflito é essencialmente uma questão de ausência ou defasagem no acesso à informação, partilhar dados e checar percepções sobre tais informações pode ser extremamente útil. De outro lado, se o conflito se funda basicamente em divergência de valores pessoais, partilhar informação pode ser de pouca ou nenhuma utilidade.

Nesse sentido:

Las personas que tengo delante determinan el contexto en el que trabajo y éste define el tipo de intervenciones que manejo. ?Trabaja igual un mediador cuando tiene delante a un obrero de la construcción o a una empleada doméstica que al más prestigioso de los cirujanos del país? ?Debemos tratar del mismo modo a los abogados de compañías de seguro que a los parientes que está mediando cómo repartirse una sucesión? ?Trabajamos del mismo modo en una mediación privada? Sí y no. Sí, porque el mediador tiene siempre el mismo objetivo: asistir a los participantes em poder observar un problema de una manera diferente para intentar encontrarle una solución, entonces adapta técnicas a su contexto; y por ende a quien tiene delante; y no, porque esa adaptación implica buscar su objetivo por caminos diferentes.

*Por ejemplo, no puedo legitimar con las mismas palabras a un experto abogado comercialista que a un mapuche, pero no puedo dejar de legitimarlos para que el procedimiento funcione.*⁸

Nessa mesma linha, a depender da natureza do conflito, não só técnicas como ferramentas podem ser usadas diversamente, mas é possível, também, que um mediador seja mais ou menos indicado para conduzir aquele processo de mediação. Nesse ponto se insere justamente o debate que pretendemos provocar com a redação desse artigo: *ser ou não um técnico/especialista no assunto?*, problemática sobre a qual nos debruçaremos a seguir.

4. O papel do mediador

Antes de tratarmos do perfil do mediador e das qualidades e competências que se busca nesse profissional, fundamental retomarmos algumas noções gerais sobre o seu papel e trazer considerações a respeito das expectativas em relação a ele.

A doutrina argentina define mediador como: *un tercero, neutral, capacitado sistemáticamente en las habilidades y destrezas necesarias para conducir un proceso de mediación.*⁹

Partindo dessa definição, María Elena Caram, Diana T. Eilbaum e Matilde Risolía caracterizam o mediador como pessoa alheia ao conflito e sem interesse próprio na forma como ele se resolve, configurando sua presença no processo justamente a diferença em relação à negociação, mecanismo por meio do qual as próprias partes envolvidas na disputa a resolvem. Como bem pontuam as autoras antes referidas, a presença de um terceiro nunca é inócua. Não é demasiado difícil comprovar a modificação que resulta do ingresso de uma pessoa no lugar em que outras estão conversando. Isso, mesmo que este terceiro que ingressa atue somente como observador não-participante, há uma modificação no sistema que, por sua vez, modifica o processo de interação entre as partes.¹⁰

Dentre as características do mediador, destacam-se a neutralidade e capacidade. Vejamos, no entanto, como se apresentam tais prerrogativas. Para María Elena Caram, Diana T. Eilbaum e Matilde Risolía, o papel neutro do mediador encerra duas atitudes complementares, quais sejam, uma *neutralidade interna*, que se manifesta na forma de uma autêntica e íntima convicção acerca de sua possibilidade de inter-atuar com as pessoas envolvidas no conflito sem tomar partido em favor de alguma delas, sem emitir julgamentos sobre sua conduta ou aferir da conveniência ou não de suas pretensões e objetivos, afastando de seu raciocínio a ideia de quem possui razão naquele cenário,

⁸ DIEZ, Francisco; TAPIA, Gachi. *Mediación – Herramientas para trabajar en mediación*, Buenos Aires: Paidós, 2010, p. 209 – grifos nossos.

⁹ CARAM, María Elena; EILBAUM; Diana Teresa; RISOLÍA, Matilde. *Mediación: disegno de una práctica*, 1ª ed. 2ª reimp., Buenos Aires: Librería Histórica, 2010, p. 55.

¹⁰ CARAM, María Elena; EILBAUM; Diana Teresa; RISOLÍA, Matilde. Op. citada, p. 55.

atribuindo igual valor aos relatos de todos os participantes do processo de mediação. Esta qualidade se fortalece com um treinamento/capacitação especial.¹¹

A chamada *neutralidade externa*, por sua vez, reflete-se na imparcialidade, que se traduz na maneira como os participantes de um processo de mediação percebem o mediador e dependerá, em grande parte, da equidistância que conseguirá manter em relação às partes e das intervenções simétricas que realizar.

O fato é que o mediador, assim como todo e qualquer profissional, também possui seus anseios, interesses, sentimentos e inclinações pessoais. A primeira reação, pois, diante de tudo isso é identificá-los, somente com tal identificação, reconhecimento e consciência é que se pode fazer algo a respeito, voltando ao centro: a permanente escuta ativa destituída de inclinação para um ou outro lado, afastando qualquer razão, mas sim trabalhando para que cada um dos lados conheça e compreenda as razões do outro, ainda que com elas não compactue.

Segundo María Elena Caram, Diana T. Eilbaum e Matilde Risolía, os mediadores têm como seu grande aliado o procedimento. A condução técnica deste, com a observância de suas etapas e correto manuseio das ferramentas, permite uma equidistância e simetria em relação aos participantes, alcançando-se o plano ideal: de que o mediador trabalha igualmente para todas as partes.¹² Atua, assim, verdadeiramente, como um *terceiro multiparcial*, olha e ouve a todos, mantendo-se um sujeito alheio naquele cenário.

Finalmente, para bem definir a noção de neutralidade e posição de permanente escuta ativa do mediador, de todo pertinente o comparativo que a doutrina argentina faz com o conceito de *atención fluctuante*, inaugurado por Freud, que se reflete no empenho em *evitar e se afastar do perigo de fixar-se deliberado*. Assim atuando (*previamente deliberado*), o receptor, de plano, seleciona e obedece às suas próprias expectativas e inclinações, entregando algo que não corresponde com os interesses daquelas partes. Disso resulta uma tensão entre material oferecido e exercício interpretativo do que se escuta. Nesse caso, ter-se-á escuta analítica e não ativa, como deveria ser num processo de mediação.

A esse respeito, cita-se as lições extraídas de *Acerca de la clínica de mediación - relato de casos*:

Para poder albergar las verdades subjetivas de los disputantes y facilitar la construcción de una nueva definición del problema que aloje a todos, el mediador requiere ubicarse del lado del desconocimiento, del lado del no saber. El lugar neutral: el que no toma partido en la contienda, porque no opina, porque no sabe desde donde habla y reclama cada uno y porque no sabe acerca de cuál es la mejor forma de resolver el conflicto para estos sujetos. El no saber de lo sustancial, no jugar sus preferencias en la

¹¹ CARAM, María Elena; EILBAUM; Diana Teresa; RISOLÍA, Matilde. Op. citada, p. 56.

¹² CARAM, María Elena; EILBAUM; Diana Teresa; RISOLÍA, Matilde. Op. citada, pp. 57-58.

*disputa y dar lugar para la verdad subjetiva de los mediados hace al posicionamiento ético, no es sólo una estrategia procesal.*¹³

Em assim sendo, para a doutrina apontada, a neutralidade tem um conteúdo de abstinência, igualmente. Abstinência sob três aspectos: i. abstenção no emitir rápidas e prontas conclusões sobre a convicção que nossa compreensão não alcança para saber da posição subjetiva da qual reclama cada indivíduo; ii. abstenção de nossas preferências e preconceitos delicadamente cultivados, porque somos sujeitos de risco, que como todos nos identificamos com aquilo que se apresenta a nós como mais próximo de nosso ser; iii. abstenção na proposição de soluções pretendendo saber qual é o melhor para o outro e o que lhe convém.

Ao lado da imparcialidade, como destacamos, o mediador deve ser capaz a exercer seu mister e tal capacidade e competência têm direta relação, também, com seu treinamento e capacitação. Há aqueles que se autodesignam mediadores de toda uma vida. O ponto é que não bastam paciência, habilidade comunicacional, perfil colaborativo e de ouvinte para fazer de qualquer pessoa um bom mediador. É certo que um perfil pessoal tem sua importância no desempenho do ofício de mediador, mas o mediador é, sobretudo, um técnico, um profissional que, independentemente da formação de origem, coordena um processo, valendo-se de técnicas, ferramentas, que não decorrem simplesmente de uma habilidade individual, mas sim de muito treino, prática e, também, embasamento teórico constantes. Isso tudo se soma à troca de experiências com outros profissionais da área e, igualmente, à supervisão, esta última, necessária à revisão de sua atuação nos casos em que conduz e de suas intervenções.

É bastante comum a referência ao trabalho do mediador como o maestro no contexto de uma orquestra ou sinfônica. Nesse particular, as ponderações de Patrick Phear: *En la mediación yo soy el director de la orquesta, el orchestrador del proceso. Las partes deciden el contenido; en cuanto al proceso en sí, pueden elegir el violín o el tambor, pero en cualquier caso, si quieren tocar en la orquesta tendrán que hacerlo cuando yo se lo indico.*¹⁴

O que é importante de se observar é que não falamos, em mediação, de certo e errado. Não se trabalha para buscar razões pelas quais as partes chegaram ali e daquele jeito, mas sim para traçar caminhos possíveis dali para frente e, nesse contexto, os mediadores partem, tão-somente, de indícios, jamais certezas.

Daí sua fundamental flexibilidade pessoal também, como importante vetor na condução de um processo que é flexível por natureza, mas estruturado com vistas a alcançar resultados possíveis. Nesse particular, precisas as palavras de Francisco Diez e Gachi Tapia: *El proceso de mediación funciona como un sistema de relaciones que ocurre*

¹³ ARÉCHAGA, Patricia; BRANDONI, Florencia; FINKELSTEIN, Andrea. Acerca de la clínica de mediación. Relato de casos, Buenos Aires: Librería Histórica Emilio J. Perrot, Colección Visión Compartida, 2004, p. 100.

¹⁴ PHEAR, Patrick. Mediación familiar y en divorcios, in Cuando hablar de Resultado. Perfiles de Mediadores, disponível em Kolb Deborah y Asociados, Buenos Aires: Paidós, 1996, p. 181.

*aquí y ahora y es dinámico. Trabajamos en esos niveles con la persona concreta, con su problema, pero además dentro del sistema interaccional con los demás participantes. Observaremos entonces no solamente a la persona sino su modo de interactuar con las demás.*¹⁵

Tecidas as ponderações a respeito do papel do mediador, passemos a cuidar do polêmico tema de sua especialização.

5. A escolha do mediador

A escolha de qualquer terceiro que irá conduzir o processo nos procedimentos marcados pela autonomia da vontade das partes é uma das pedras de toque do sistema.

Na mediação essa escolha envolve uma série de fatores, tais como: a) competência e capacitação do mediador; b) diligência; c) credibilidade e reputação; d) perfil de atuação e qualidades do mediador; e) domínio da técnica/da matéria em discussão, dentre outros. Há casos em que até questão de gênero do mediador chega a ser um critério de escolha.

Fundamental, porém, é que o mediador tenha a legitimação das partes e demais participantes do processo e com elas esteja sintonia. Daí que linguagem e terminologia utilizada, postura, apresentação e desempenho deverão ser adequados ao cenário em que atua, sendo valorizado o dinamismo e adaptação ao caso. Em outras palavras, não há que se falar em mediador ideal, há sim uma atuação do mediador sob medida (*tailor-made*) para o caso que lhe é submetido.

Tema que hoje divide aqueles que atuam na área e que fazem recurso à mediação diz respeito à escolha de mediadores especialistas, sobretudo em disputas empresariais e de áreas altamente especializadas, como é o caso, por exemplo, da propriedade intelectual.

5.1. As particularidades de um mediador especialista

Quando se pensa na escolha de um mediador especialista na matéria de fundo do conflito, aqui tal como enfrentamos, estamos partindo da premissa de que este profissional tem o conhecimento técnico, mas também capacitação como mediador. Do contrário, a nosso ver, estamos diante de um *expert* ao qual se pode fazer recurso no decorrer de um procedimento de mediação para a verificação de um ou outro ponto técnico.¹⁶ Esse *expert* tanto pode ser alguém da área contábil, econômica, técnica e, por que não, um profissional da área jurídica.

É certo que nas mediações empresariais dificilmente as partes participarão de um procedimento de mediação sem que estejam acompanhadas de seus advogados. Em vista disso, o recurso a apoio jurídico se dá de plano e ao longo de todo o procedimento. Mas não é de se desconsiderar que, por vezes, o advogado que representa a parte numa mediação seja um especialista no processo e não na matéria de fundo. Em assim sendo,

¹⁵ *Mediación – Herramientas para trabajar en mediación*, Buenos Aires: Paidós, 2010, p. 210.

¹⁶ Acerca da função desempenhada pelo *expert* na mediação, confira: AMERIO, Pier Luigi ed altri, *La mediazione nelle liti civili e commerciali – Metodo e regole*, Milano: Giuffrè Ed., 2011, pp.78-80.

nada afasta a possibilidade de as partes se valerem de opinião de um profissional, seja ele advogado ou não, da área fim.

O recurso a uma avaliação ou parecer/opinião técnica ao longo de uma mediação deve ser estrategicamente pensado. Isso porque, diferentemente de outros mecanismos de resolução de conflitos, tais como a arbitragem e o *dispute board*, na mediação o que se pretende não é, em momento algum, identificar quem tem ou não razão naquilo que alega e postula. Ao contrário, o processo de mediação é um processo de negociação assistida em que o mediador trabalhará de modo a auxiliar os participantes gerar novas percepções, mais operacionais ou funcionais que permitam às partes encontrar soluções viáveis e aceitáveis para o(s) seu(s) problema(s).¹⁷

Assim, eventual parecer ou opinião num cenário que trabalha com a construção do consenso com potencial de composição das partes deve ser muito bem considerado, sob pena de desnaturar o que é um processo de mediação e facilitar uma intensificação da polarização das partes, escalando o conflito entre elas existente.

É nesse preciso ponto que reside, igualmente, o debate em torno das vantagens e desafios da indicação de um mediador especialista no tema de fundo do conflito.

De fato, um mediador que seja familiarizado com o objeto da disputa não apenas pode facilitar a empatia e sintonia entre ele e os participantes, como pode auxiliar na sua legitimação. Isso porque, a competência do mediador na matéria, caso seja um dos motivos de sua eleição para aquele conflito em si, pode, por si só, ser um motivo para legitimar-se junto às partes, sendo este um passo essencial do processo e de adesão dos envolvidos à mediação.

Não obstante, dominar o contexto em que se desenvolve o conflito, a terminologia normalmente ali empregada, compreender as necessidades e a realidade empresarial¹⁸ daquela indústria ou setor, são atributos que conferem ao mediador especialista possíveis vantagens na condução do processo, seja porque lhe facilita a formulação de perguntas na fase investigativa e compreensão do que trazem as partes a sua presença, seja porque lhe confere mais subsídios para a condução de etapas importantes da mediação como a criação de opções, aplicação de filtros para que as partes possam avaliar as opções e realizar suas escolhas. Vale dizer que seu conhecimento técnico pode, ainda, ser bastante explorado como elemento de realidade, objetivando o conflito.

¹⁷ A respeito do papel do mediador e do propósito da mediação: *Ninguna de las dos impresiones es absoluta y las dos pueden ser verdaderas o falsas. Lo importante es que la escucha desde un lugar imparcial y curioso nos sirve para partir del supuesto de que ambos construyen la relación que los vincula. Pensarlo así nos ayuda a entender el tipo de relación conflictiva que tienen las partes sin necesidad de adjudicarle a nadie la "culpa" por haber desatado el conflicto, y nos permite concentrarnos en detectar las pautas que ellos repiten en su interacción.* (DIEZ, Francisco; TAPIA, Gachi. *Mediación – Herramientas para trabajar en mediación*, Buenos Aires: Paidós, 2010, p. 58).

¹⁸ O nosso corte, em razão do próprio universo em que se insere a propriedade intelectual, foi o do universo empresarial, em que a discussão em torno da escolha do mediador especialista mais se apresenta. Porém, não é de se desconsiderar a busca desse técnico em outros tipos de conflitos, que não apenas empresariais.

É importante, contudo, ponderar que um mediador especialista pode enfrentar maiores desafios pessoais do que um mediador que não é entendedor da matéria de fundo. Com efeito, o mediador especialista deve ter muito cuidado ao explorar o conhecimento que detém, sob pena de, fazendo mal uso dele, induzir as partes a acirrarem seus ânimos e a tensão entre elas.

Como já pontuamos, o uso de seu conhecimento deve ser consciente e estratégico e, acima de tudo, levar em conta o tipo de conflito em pauta, as partes envolvidas e, até mesmo, a atuação dos advogados que representam as partes numa mediação. Se as partes estão representadas por advogados especialistas no assunto, estes, mais do que qualquer outro *player*, devem ser os encarregados de trazer elementos e subsídios técnicos e da matéria de fundo para amparar as partes no deslinde da disputa. Isso é positivo não apenas para preservar o próprio mediador e sua imparcialidade e necessário distanciamento dos participantes, como evita, também, qualquer desconforto dos advogados que atuam no caso.

O uso de conhecimentos específicos pelo mediador deve levar em conta a natureza do conflito, eis que, a depender de sua causa, como tivemos a oportunidade de brevemente explorar acima, pode ser que ele faça que as partes se fixem ainda mais em posições. Isso é comum quando se recorre a subsídios técnicos/objetivos em conflitos estruturais ou sobre informações. De outro lado, o uso de dados e *expertise* técnicos pode ser crucial na condução de disputa cuja origem do conflito seja relacional/comunicacional. A apresentação na mesa de critérios objetivos e que distanciam os vieses pessoais de cada um dos envolvidos na disputa auxilia a induzir que as partes saiam de suas posições e busquem seus interesses, pensando em opções e soluções possíveis.

Em casos que mesclam muitos elementos, sejam eles de ordem técnica ou não, não tem sido incomum opinião no sentido de buscar auxílio na co-mediação, aí conduzida por um profissional com experiência exclusivamente no processo de mediação e outro profissional que possua não apenas capacitação em mediação, mas também especialização na matéria em discussão. Isso é bastante recorrente na área de construção civil, em que se observa a formação de painéis mistos na arbitragem também..

Ressalta-se, porém, que se mediar é uma arte, co-mediar é ainda mais desafiador, isso porque os mediadores não apenas devem possuir um *ritmo comum*, como também possuir uma boa afinidade, partilhar da mesma visão dos objetivos da mediação e possuir e exercer um grande respeito pelo outro. Vale chamar a atenção para o fato de que essa sintonia e atuação complementar servirão de espelho para os participantes da mediação.¹⁹

¹⁹ A respeito da co-mediação, as lições de Lia Regina Castaldi Sampaio e Adolfo Braga Neto: *Co-mediação é a mediação realizada por mais de um profissional durante um procedimento completo. Nela há a intervenção de, no mínimo, dois mediadores capacitados que construirão com as partes a resolução ou a transformação do conflito.*

*Há duas classificações básicas que conceituam os principais tipos de co-mediação. A primeira refere-se aos próprios co-mediadores, isto é, está centralizada na figura característica do mediador. Subdivide-se em **multidisciplinar**, em que os co-mediadores são de distintas áreas profissionais, como nos casos em*

A atuação do mediador especialista, além de levar em conta o tipo de conflito, deve-se pautar pela vontade das partes. A atuação do mediador especialista, via de regra (porque tudo depende de seu perfil e estratégia de condução do caso), se aproxima da chamada *mediação avaliativa*, que segue muito mais uma linha do *problem solving approach*, em detrimento do *approach* centrado na identificação dos interesses e facilitativa do diálogo entre as partes.

O mediador que assume um papel mais avaliativo parte da premissa de que os participantes querem e precisam que ele lhes forneça alguma direção de modo a dar base para uma composição das partes – seja fundado no direito aplicável ao caso, nas práticas do setor ou na tecnologia/objeto da discussão –, sendo ele capacitado e qualificado, inclusive tecnicamente, para dar tal condução/direção, em razão de seu treinamento, experiência e conhecimento no assunto.

Longe de entrar aqui na polêmica e críticas tecidas à linha avaliativa da mediação, porque entendemos que, mais do que ser de um ou de outro perfil, o mediador, caso a caso, pode, quando estrategicamente viável e aplicável, fazer uso do, assim cunhado pela doutrina norte-americana, *evaluator's hat*. Ele deve, porém, ter muito clara a finalidade da avaliação para o caso e ser extremamente sensível e cauteloso, também, do momento de usá-lo, sob pena de conduzir o processo para um perigoso caminho.

Isso porque, o uso da avaliação e, em última análise, de conhecimento técnico para tal finalidade, é demasiado arriscado quando se começa a tirar das partes a sua determinação individual e o poder decisório delas, característico do processo de mediação, ameaçando, também, a própria imparcialidade do mediador e seu distanciamento em relação aos participantes.

Para María Elena Caram, Diana T. Eilbaum e Matilde Risolía, a especialidade do mediador consiste *en hacer explícito el procedimiento, da mesma forma que o conflito é especialidade das partes*.²⁰

Porém, o fato de ser um *expert* no processo não quer dizer, contudo, adjudicar-se um privilégio, tampouco dispor-se a ocupar um lugar superior ao daqueles que o assistem. Como pondera a doutrina argentina, significa *la posibilidad de poner a su disposición más recursos para ayudarlos, no para deslumbrarlos con un saber al que no acceden, porque en la construcción de esse hermetismo se asientan, equivocadamente, la exclusión y certa cosecuente soberbia. La pregunta persistente del mediador es: Cómo ayudo?, más que: Como enseño? (...)*.

O negócio é evitar que o mediador, com as melhores formações e intenções, transponha às partes sua própria visão e solução em oposição àquilo que lhe é trazido e proposto

que advogado e psicólogo atuam juntos. Esse procedimento, bastante comum, tem-se mostrado eficaz, pois evita a parcialidade e o estabelecimento de alianças inconscientes a que todos estamos sujeitos. Proporciona também a prática da interdisciplinariedade, que agrega mais conhecimentos ao processo de mediação, por meio dos olhares de diferentes áreas. (...) (O que é Mediação de Conflitos, São Paulo: Brasiliense, 2007, pp. 60-61).

²⁰ CARAM, María Elena; EILBAUM; Diana Teresa; RISOLÍA, Matilde. Op. citada, p. 132.

pelas partes. Há que se ter presente que, tendo a confiança das partes e se legitimado perante elas, qualquer proposta do mediador tende a ser levada com grande peso por elas. Porém, como bem pontua a doutrina argentina, a construção do vínculo entre partes e mediador está destinado, a rigor, a um propósito diverso, qual seja: criar um clima de cooperação na busca de um melhor caminho de saída – que seja via aperfeiçoamento da relação entre as partes, seja pela identificação de elementos comuns para a celebração de um acordo –, não para ganhar o direito de oferecer uma solução, já que ao assim agir coloca em cena uma concepção pessoal do que se passa, que pode, inclusive, satisfazer uma das partes e a outra não, tornando vulnerável sua neutralidade.²¹

Ao cuidar do mediador e seu potencial trabalho integrativo (aqui com conhecimentos técnicos), assinalam María Elena Caram, Diana T. Eilbaum e Matilde Risolía: *uno de los mayores cuidados consiste en que sus propios conocimientos del derecho, o de un aspecto técnico, o de las cuestiones sustanciales que se están tratando no le jueguen una mala pasada, ubicándolo en una concepción determinada que se trasunte en la mesa, y que, incluso, genere una discusión con los abogados o las partes sobre “cómo son las cosas.”*²²

Com efeito, às vezes, em nome da informação proveniente de sua profissão de origem ou de suas aflições intelectuais, se comete o erro de interrogar as partes de um lugar técnico, em muitos casos com o propósito de formar prova sobre sua solidez ou esclarecer se dizem a verdade, que, como já acenamos, não está compreendido dentre os propósitos do processo de mediação. Pertinentes, assim, as considerações da doutrina portenha antes referida:

Ésta es una derivación no querida del excelente aporte que en la formación personal tienen la incorporación de conocimientos previos, sean profesionales o no, o sencillamente un “sé como se hacen las cosas y nadie me engana eso”. Hay una sola forma en que este saber del mediador se desliza aceptablemente: preguntar con solvencia, incluso con detalle, que es bien distinto de transmitir los conocimientos a través de exposiciones didácticas o de preguntas inquisitivas con contenido magistral.

El mediador no pone en juego esos recursos en la mesa, porque los que importan son los de las partes, no los suyos. Los suyos son saber mediar, que es la prestación que se espera de él.

Outro desafio para la humildad del mediador.

De tudo o que trouxemos acima, pode-se concluir que a escolha de um mediador especialista no cenário empresarial e de disputas altamente técnicas pode se apresentar muito interessante e adequada, a depender do caso, do que as partes esperam de um

²¹ CARAM, María Elena; EILBAUM; Diana Teresa; RISOLÍA, Matilde. Op. citada, p. 367.

²² CARAM, María Elena; EILBAUM; Diana Teresa; RISOLÍA, Matilde. Op. citada, p. 398.

processo de mediação e, também, do próprio terceiro. Para tanto, é fundamental que o mediador continue com seus olhos centrados, acima de tudo, no procedimento, sem deixar de, ao fazer uso de seus *inputs* e conhecimentos técnicos: a) observar a real vontade das partes; b) observar um comando permissivo delas, mesmo que tacitamente, para explorar sua *expertise* no contexto da mediação ou validar com os participantes do processo sua condução nesse sentido; c) usar de seu conhecimento da matéria de fundo de modo consciente, estratégico e com objetivos bem pensados e delineados; d) estar treinado e habilitado constantemente para tanto; e) saber se valer do momento ideal para explorar seu *expertise* no processo; e f) sempre se amparar do procedimento, das técnicas e ferramentas da mediação, para resguardar sua necessária neutralidade e o equilíbrio no processo.

5.2. Há o mediador ideal?

Em assim sendo, será que podemos falar num mediador ideal? Diríamos que o mediador ideal é aquele que buscam e elegem as partes, assistindo-as a formar sua própria opinião e avaliar suas situações.

É fundamental que o mediador esteja antes, durante e após a mediação comprometido com o papel que lhe é atribuído de esclarecer e entabular a comunicação entre os participantes do processo, focando na identificação de seus reais interesses e construção de soluções possíveis, buscando saídas criativas aos problemas que se apresentam e que elas almejam ver solucionados, *empoderando-as* para que elas mesmas decidam e sigam o caminho que entendem viável.

Não há qualquer entrave na condução de uma mediação por terceiro que tenha um perfil mais avaliativo ou, ainda, que possua formação técnica/especializada, desde que esta seja cumulada com a capacitação e treinamento em mediação. A especialização do mediador é de interesse e escolha das partes e ele (o mediador) deve ter claro o que elas esperam do processo. É isto que norteará, legitimará e validará sua atuação.

5.3. As recentes experiências na área da Propriedade Intelectual

Temos visto, atualmente, uma crescente especialização dos centros de mediação e arbitragem no país. Na arbitragem o tema é bastante sensível, na medida em que o uso do instituto vem sendo alvo de crítica fundada na formação de ‘tribunais especialistas em arbitragem (procedimento)’, compostos, portanto, em grande maioria, exclusivamente por advogados, o que deixaria, a depender da disputa e de sua natureza, ofuscada a discussão e resolução do problema de fundo e da discussão de direito material.

É certo que o tema, quando visto sob o manto do processo arbitral, deve ser visto com muita cautela na medida em que, encerrada a arbitragem, ter-se-á uma decisão igual em efeitos à sentença judicial, com uma particularidade ainda mais importante: definitiva e

final, portanto, não sujeita a recursos. Em assim sendo, para que seja válida a sentença arbitral, deve observar requisitos legais que, sem dúvida, são mais familiares aos profissionais da área jurídica do que a profissionais que possuem outra formação. Disso decorre a importância de, minimamente, um dos árbitros possuir formação jurídica, o que normalmente ocorre com aquele que desempenha o ofício de presidente do tribunal.

Essa preocupação não se verifica, ao menos em regra e de partido, na mediação. Porém, também aí, é crucial a constante formação e capacitação em mediação (procedimento), eis que um terceiro que não domine as técnicas e ferramentas próprios da mediação pode vir a conduzir um processo que não se traduza numa verdadeira mediação. Neste caso, põe-se em risco, muitas vezes de modo irreversível, as relações mantidas entre aquelas partes.

Diante do acima, é essencial que o mediador seja treinado e capacitado como tal, possuindo, ainda, horas de prática.

Na atualidade, porém, tem se recorrido, para disputas altamente técnicas e de setores específicos, a mediadores com dupla formação. Ou seja, capacitação em mediação e especialização na matéria de fundo do conflito. Este é o caso, sobretudo, das disputas de construção civil e propriedade intelectual.

No ramo da propriedade intelectual, que aqui particularmente nos interessa, chamamos a atenção para a recente criação de centros que contam com listas de mediadores que possuem, também, especialização na matéria. Dentre eles, destacam-se a OMPI, pioneira e com atuação global; o centro do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), fruto de um projeto conjunto com a OMPI; e a Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI). Ao lado deles, outras instituições tradicionais nesse mercado, como a Câmara de Comércio Brasil-Canadá criaram grupos de estudos para incentivar o uso de mecanismos como a mediação e arbitragem nessa área de especialização.

A constituição de tais centros, notadamente no Brasil, é bastante recente, de modo que a experiência ainda é escassa, entretanto, ao que tudo indica, mais e mais, a mediação será eleita como um mecanismo de resolução de conflitos no âmbito da propriedade intelectual e caberá aos advogados que atuam na área instruir seus clientes na escolha estratégica daquele que atuará como mediador em seus conflitos, se *expert* ou não no conteúdo de base da disputa.

6. Considerações finais

De tudo o que trouxemos acima, reiteramos aqui que a escolha de um mediador especialista no cenário empresarial e de disputas altamente técnicas pode se apresentar muito interessante e adequada, a depender do caso e da autonomia da vontade das partes. Para tanto, é fundamental que o mediador continue com seus olhos centrados,

acima de tudo, no procedimento, sem deixar de, ao fazer uso de seus *inputs* e conhecimentos técnicos: a) observar a real vontade das partes; b) observar um comando permissivo delas, mesmo que tacitamente, para explorar sua *expertise* no contexto da mediação ou validar com os participantes do processo sua condução nesse sentido; c) usar de seu conhecimento da matéria de fundo de modo consciente, estratégico e com objetivos bem pensados e delineados; d) estar treinado e habilitado constantemente para tanto; e) saber se valer do momento ideal para explorar sua *expertise* no processo; e f) sempre se amparar do procedimento, das técnicas e ferramentas da mediação, para resguardar sua necessária neutralidade e o equilíbrio no processo.

Em outras palavras, caberá ao mediador, seja ele especialista ou não, identificar o que as partes querem e efetivamente esperam desse processo de resolução de conflitos que é a mediação, assegurando-lhes, de um lado, sempre e ao longo de todo procedimento, o protagonismo delas, e, de outro, imprimindo sua marca e estilo pessoal de mediar.

O importante, assim, é que o mediador efetivamente conduza uma mediação e não se perca pelo caminho com técnicas e ferramentas que possam resultar numa forma de ‘remodelar’ o aqui indesejável e tradicional modelo adversarial de resolução de disputas.

7. Referências bibliográficas e outras referências

AMERIO, Pier Luigi ed altri, *La mediazione nelle liti civili e commerciali – Metodo e regole*, Milano: Giuffrè Ed., 2011.

ARÉCHAGA, Patricia; BRANDONI, Florencia; FINKELSTEIN, Andrea. *Acerca de la clínica de mediación. Relato de casos*, Buenos Aires: Librería Histórica Emilio J. Perrot, Colección Visión Compartida, 2004.

BORGES BARBOSA, Denis. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. *O que é Mediação de Conflitos*, São Paulo: Brasiliense, 2007.

CARAM, María Elena; EILBAUM; Diana Teresa; RISOLÍA, Matilde. *Mediación: diseño de una práctica*, 1ª ed. 2ª reimp., Buenos Aires: Librería Histórica, 2010.

DIEZ, Francisco; TAPIA, Gachi. *Mediación – Herramientas para trabajar en mediación*, Buenos Aires: Paidós, 2010.

MOORE, Christopher. *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*. 4ª ed. Jossey Bass, 2014.

PHEAR, Patrick. *Mediación familiar y en divorcios, in Cuando hablar de Resultado. Perfiles de Mediadores*, disponível em Kolb Deborah y Asociados, Buenos Aires: Paidós, 1996.

WILBERS, Erik; CASTRO, Ignacio de; MIN, Eun-Joo; THEURICH, Sarah. WIPO Arbitration and Mediation Center, in *ASA Performance as a Remedy*, JurisNet, LLC, 2011.

Outras referências:

https://www.bcb.gov.br/nor/convergencia/IAS_38_Ativos_Intangiveis.pdf. Acesso em 11.06.2014.

<http://www.wipo.int/about-ip/en/>, acesso em 11.06.2014.

Technology Transactions: Managing Risks Arising from Disputes, in *Wipo Magazine*, set. 2011.

Why Mediate/Arbitrate Intellectual Property Disputes, by *WIPO Arbitration and Mediation Center*, March 2007.