

# DESVENDANDO O NEUTRO PREVENTIVO

UMA ABORDAGEM EFICAZ E DE BOM  
SENSO PARA PREVENIR CONFLITOS

Trabalho de Autoria de: Kate Vitasek, James Groton  
e Daniel Bumblauskas





<b>SUMÁRIO EXECUTIVO</b> .....	<b>3</b>
<b>PARTE 1: POR QUE A NECESSIDADE DE UM NEUTRO PREVENTIVO?</b> .....	<b>4</b>
<b>PARTE 2: PESQUISA DE APOIO AO NEUTRO PREVENTIVO</b> .....	<b>7</b>
O SURGIMENTO DAS RESOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE DISPUTA.....	7
O ADVENTO DE PRÁTICAS PROATIVAS DE PREVENÇÃO .....	8
EXPANDINDO O USO DE TERCEIROS NEUTROS.....	11
O ADVENTO DO NEUTRO PREVENTIVO .....	12
UM OLHAR ADIANTE .....	12
<b>PARTE 3. O QUE E COMO DE UM NEUTRO PREVENTIVO</b> .....	<b>13</b>
O PAPEL DO NEUTRO PREVENTIVO CLÁSSICO .....	13
TRÊS ELEMENTOS CRÍTICOS DO PROCESSO NEUTRO PREVENTIVO .....	14
AÇÃO EM TEMPO REAL E IMEDIATA EM QUESTÕES / PREOCUPAÇÕES / DISPUTAS .....	16
POR QUE O PROCESSO DO NEUTRO PREVENTIVO FUNCIONA TÃO BEM.....	16
PRINCIPAIS ETAPAS PARA ENGAJAR UM NEUTRO PREVENTIVO.....	19
AMOSTRA DE TERMOS DE CONTRATAÇÃO DE UM NEUTRO PREVENTIVO.....	19
<b>PARTE 4. VARIAÇÕES E EXEMPLOS EM AÇÃO</b> .....	<b>20</b>
EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE NEUTRO PREVENTIVO .....	20
VARIAÇÕES DO PROCESSO NEUTRO PREVENTIVO .....	20
EXEMPLOS NA PRÁTICA .....	22
VARIAÇÕES MAIS COMUNS .....	23
OUTROS EXEMPLOS INOVADORES .....	26
<b>PARTE 5: CUSTOS / BENEFÍCIOS DO USO DE UM NEUTRO FIXO</b> .....	<b>35</b>
UMA ANÁLISE APROFUNDADA DO DIFÍCIL CUSTO DAS DISPUTAS.....	35
EVIDÊNCIA EMPÍRICA DOS BENEFÍCIOS DE UTILIZAÇÃO DE UM NEUTRO PREVENTIVO .....	38
CUSTO-BENEFÍCIO NÃO RELACIONADO AO USO DE UM NEUTRO PREVENTIVO .....	39
RESOLUÇÃO DE DISPUTAS CONTÍNUA: COMPARAÇÃO DE CUSTO, RISCO, CONTROLE, TEMPO.....	40
FINANCIANDO O NEUTRO PREVENTIVO .....	42
<b>CONCLUSÃO: A FABRICAÇÃO DE UM MOVIMENTO</b> .....	<b>43</b>
<b>APÊNDICE 1: DESENHANDO UM SISTEMA DE PREVENÇÃO, DESESCALAÇÃO E RESOLUÇÃO DE DISPUTAS</b> .....	<b>44</b>



CARACTERÍSTICA DE UM BOM SISTEMA .....	44
TIPOS DE TÉCNICAS DE ADR .....	45
TÉCNICAS DE PREVENÇÃO .....	47
TÉCNICAS DE RESOLUÇÃO DE PROBLEMAS .....	51
TÉCNICAS DE RESOLUÇÃO FACILITADAS (NÃO VINCULATIVAS) .....	55
TÉCNICAS DE RESOLUÇÃO VINCULATIVAS.....	57
<b>APÊNDICE 2: EXEMPLO DE LINGUAGEM PARA SELEÇÃO DOS SERVIÇOS DE UM NEUTRO PREVENTIVO.....</b>	<b>60</b>
<b>APÊNDICE 3: DIRETRIZES PARA ADVOGADOS QUE SERVEM COMO TERCEIROS NEUTROS .....</b>	<b>61</b>
<b>APÊNDICE 4: BARREIRAS PARA A ADOÇÃO DE UM NEUTRO FIXO .....</b>	<b>63</b>
<b>SOBRE OS AUTORES .....</b>	<b>66</b>
<b>SOBRE OS COLABORADORES .....</b>	<b>67</b>
<b>FOR MORE INFORMATION .....</b>	<b>68</b>
<b>ENDNOTES.....</b>	<b>69</b>



## SUMÁRIO EXECUTIVO

"Todos os contratos complexos são incompletos. Existirão erros, omissões e assim por diante." Oliver Williamson, Prêmio Nobel de Ciências Econômicas de 2009

Vamos encarar. Você não precisa ser um economista ganhador do Prêmio Nobel para saber que os contratos são inerentemente incompletos. Nenhum advogado ainda elaborou o contrato perfeito que irá antecipar cada eventualidade, visto que problemas e eventos inesperados estão sempre virando a esquina.

Nesse sentido, relações contratuais de longo prazo são especialmente vulneráveis aos danos causados por atrito nos relacionamentos, especialmente quando esse atrito se transforma em uma disputa formal. É algo distante para as partes perceberem que, em muitos relacionamentos, existe a necessidade de se envolver em resolução de conflitos convencionais, até que comecem a sentir a dor verdadeira. Quando isso ocorre, elas passam a culpar uma à outra pelos problemas.

Infelizmente, isso geralmente significa que o relacionamento das partes chegou a um ponto de ruptura, o que pode levar à convocação de seus respectivos advogados, que, em geral, não são incentivados ou instintivamente inclinados a resolver conflitos de forma construtiva, de modo a encontrar a forma mais adequada à preservação do relacionamento. Desse modo, se negociações típicas falham, o próximo passo é chamar um mediador e, talvez, acabar em arbitragem, ou no sistema judicial.

Para evitar essas escaladas prejudiciais de conflito nas relações de negócios, este artigo propõe o uso proativo de um "Neutro Preventivo" - um consultor especialista independente e confiável (ou um painel de três consultores) - escolhido pelas partes contratantes no início da negociação, com o objetivo claro de manter um relacionamento saudável. Um processo com um Neutro Preventivo pode ser mais bem descrito como proativo, rápido, informal, flexível, adaptável, não adversarial, neutro, especializado, de preferência não vinculativo, um processo para prevenir e alcançar o mais cedo possível a solução para problemas e a prevenção de disputas potenciais.

Este trabalho inclui cinco partes. Isso ajudará você a entender o que é, o porquê e como usar um Neutro Preventivo para prevenir e gerenciar conflitos.

- A Parte 1 explica porque é chegado o momento de considerar abordagens colaborativas para resolver conflitos;
- A Parte 2 compartilha pesquisas que apoiam o uso de um Neutro Preventivo, sugerindo que tais técnicas preventivas de resolução de conflitos não são simplesmente uma nova moda, mas talvez um dos segredos mais bem guardados que deve ser amplamente desvendado e adotado para uso generalizado;
- A Parte 3 destaca o que é e como usar um Neutro Preventivo;
- A Parte 4 compartilha exemplos do conceito de Neutro Preventivo na prática;
- A Parte 5 explora os custos e os benefícios do uso de um Neutro Preventivo.

Além disso, fornecemos um apêndice abrangente sobre como projetar um sistema de prevenção e desescalção de disputas.

O resultado final? É o seu resultado final. Usar um Neutro Preventivo é o meio mais eficaz e eficiente de governar e melhorar as relações comerciais modernas de hoje.



## PARTE 1: POR QUE A NECESSIDADE DE UM NEUTRO PREVENTIVO?

"Um grama de prevenção vale um quilo de cura." "Um ponto no tempo salva nove." "A fortuna favorece a mente preparada." "Bem-aventurados os pacificadores."

Essas máximas de bom senso já existem há décadas, senão há centenas de anos.

No entanto, esses ditados antigos raramente são considerados na gestão contratual de conflitos.

Os contratos podem ser semelhantes à compra de um novo par de sapatos; muitas vezes, é ótimo no início – mas às vezes o atrito ocorre. Pequenos desalinhamentos são como a dificuldade daquele par novo de sapatos, que pode ser desagradável e ocasionar uma bolha. Desprezar o que começa como um atrito ou com interesses desalinhados pode se transformar em uma disputa completa - ou pior - acabar em um tribunal. Embora a maioria dos conflitos tente evitar os processos judiciais, o tempo e os custos associados às tradicionais negociações lideradas por advogados, a mediação e a arbitragem usuais podem ser prolongadas e caras. Mesmo que a questão não vá para uma disputa formal, o atrito causa perda de oportunidade, vazamento de valor e custos de transação: o que Oliver Williamson chama de Custos Econômicos de Transação.

O simples fato é que o atrito deve ser esperado em qualquer contrato complexo. Por quê? Nas palavras do Prêmio Nobel Oliver Williamson, "todos os contratos complexos serão incompletos. Existirão erros, omissões e assim por diante"<sup>1</sup>. A própria natureza dos contratos complexos significa que é impossível prever cada cenário (e se...), dado o cenário global e dinâmico do ambiente de negócios de hoje.

Outro Prêmio Nobel - Oliver Hart - ecoa os sentimentos de Williamson a respeito de os contratos serem incompletos. A última pesquisa de Hart com John Moore sugere que você realmente não deveria culpar "o outro cara" pelo que pode parecer comportamento oportunista. Ao contrário, isso se origina no que Hart chama de sombreamento.<sup>2</sup> O sombreamento não é um comportamento oportunista, mas uma retaliação ao comportamento em que uma parte para de cooperar, deixa de ser proativa ou contrataca por causa da decepção. O sombreamento acontece quando uma parte não consegue o resultado que espera do negócio e atribui a culpa à outra parte ou não age razoavelmente ajudando a mitigar as perdas.

Para fornecer outro exemplo, considere o debate muito controverso do "aumento do escopo". Um fornecedor projeta seu negócio com base nas informações compartilhadas durante um competitivo processo de licitação. Vamos supor que o fornecedor estime que terá uma margem de lucro de 15%. Se a demanda é menor do que o esperado, ou se há trabalho extra não previsto (por exemplo, aumento de escopo), o fornecedor terá lucro menor do que o esperado. Essa decepção fará com que o fornecedor justifique uma solicitação de aprovação para mudanças de escopo. E se a empresa compradora torna difícil fazer mudanças no contrato, o fornecedor pode ser tentado a reduzir níveis de serviço ou substituir o caro Time A pelo Time C mais barato. Em suma, cada ação de uma parte leva à reação da outra parte, criando o ciclo "olho por olho", ou "taco a taco" negativo. Uma decepção leva à outra, e o círculo vicioso começa. Esse problema é tão sistêmico em negócios grandes e complexos que é chamado de espiral da morte, porque, uma vez que o ciclo começa, muitas vezes termina com um fornecedor estabelecido perdendo o trabalho para um concorrente durante o próximo ciclo de licitação.



Infelizmente, a raiz da causa muitas vezes não é o oportunismo, mas sim o desapatamento baseado nas expectativas das partes.

O conceito de sombreamento faz sentido, especialmente com negócios complexos. Nestes, um contrato será sempre incompleto, com lacunas, erros ou omissões, abrindo a porta para comportamentos de sombreamento após a assinatura do contrato. Os contratos tradicionais raramente contêm mecanismos proativos de alinhamento para evitar decepções.

Em muitas situações, a necessidade de iniciar um processo para lidar com disputas não é reconhecido, até que as decepções levem à verdadeira dor e à frustração. É muito comum, por exemplo, sermos levados a pensar que nosso novo par de sapatos vai melhorar magicamente com o tempo à medida que ficarem "desgastados". A maioria das partes contratantes resiste em usar um processo formal de resolução de disputas, até que seja tarde demais e o dano já esteja feito.

A realidade é que muitos problemas não se resolvem facilmente e se arrastam. No entanto, a maioria dos problemas pode ser evitada, ou pelo menos resolvida, enquanto esses entraves ainda são pequenos. Para evitar essas escaladas de conflito prejudiciais nas relações de negócios, este artigo defende o uso de uma abordagem mais preventiva e proativa de um Neutro Contratual Preventivo para resolver, de maneira colaborativa, quaisquer diferenças em "tempo real", quando qualquer problema ou desalinhamento ainda for pequeno.

#### **O que é um Neutro Preventivo?**

Um Neutro Preventivo é uma melhoria inovadora e promissora de técnicas relacionadas aos Meios Alternativos de Solução de Conflitos (MASC) tradicionais.

Um processo Neutro Preventivo usa um especialista altamente qualificado e respeitado, pré-selecionado - ou "permanente" - e neutro, que ajuda as partes a resolver questões ao longo da vida de um relacionamento. O Neutro Preventivo clássico desempenha um papel de facilitação para ajudar as partes a ver as perspectivas umas das outras e, quando apropriado, fornece uma recomendação não vinculativa. Algumas partes usam variações, como um Mediador, ou até um Árbitro Permanente. Outros descobriram que, usando um Neutro Preventivo antecipadamente, na concepção real e na criação de um contrato, podem gerar um contrato mais justo, equilibrado e com maior valor de "ganha-ganha".<sup>3</sup>

Uma abordagem no conceito de Neutro Preventivo é engajar o neutro desde o início, facilitando diálogos proativos e construtivos e discussões do dia a dia, com o objetivo de fornecer alinhamento contínuo e de prevenir problemas em conjunto.

As organizações que adotam os Neutros Preventivos de forma proativa reconhecem a realidade de que os relacionamentos não são perfeitos e de que nenhum contrato pode cobrir todas as eventualidades. Erros, omissões e ambiguidades podem causar interpretações errôneas. Questões pequenas, como "essa ideia conta para partilha de ganhos?", ou interpretação dos dados de desempenho, como "o fornecedor obteve 3 ou 4 pontos de escore?", causam frustração - especialmente para fornecedores que podem



sentir que não têm voz na relação. Além disso, contratos complexos que operam em ambientes dinâmicos exigem ajustes frequentes.

Assim, é chegado o momento de as relações comerciais se beneficiarem de uma experiência de sucesso comprovado com o método Neutro Preventivo. Embora existam muitas técnicas de ADR (ver Apêndice 1), focamos este artigo no Neutro Preventivo porque é provavelmente a menos amplamente compreendida, mas a mais útil de todas as técnicas de ADR. Uma das razões pelas quais ela é muitas vezes mal compreendida é porque difere das abordagens "legais" de ADR, que são tradicionalmente antagônicas por natureza. Em vez disso, o Neutro Preventivo usa um método mais proativo e um foco de negócios mais amplo, projetado para manter as partes em parcerias estratégicas, tais como *joint ventures*, acordos de negócios de longo prazo e acordos de terceirização, em alinhamento contínuo de interesses e fora de conflito.



## PARTE 2: PESQUISA DE APOIO AO NEUTRO PREVENTIVO

Técnicas alternativas de resolução de disputas e o uso de terceiros nos relacionamentos não são novidade. Mas o que é novo é a ênfase emergente no afastamento da resolução de disputa reativa para processos de prevenção proativa. A Parte 2 analisa a pesquisa que apoia o Conceito Neutro Preventivo - o que acreditamos ser o mais alto potencial de abordagem de prevenção proativa.

### O SURGIMENTO DAS RESOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE DISPUTA

Os sistemas judiciais (tribunais) para resolver disputas estão em vigor em toda a história da civilização. Além disso, desde que os tribunais têm sido usados, indivíduos e organizações têm buscado meios mais simples, eficientes e econômicos para lidar com disputas - processos conhecidos hoje como técnicas de Resolução Alternativa de Disputas, ADR. Enquanto métodos modernos de ADR existem somente há 40 anos, pode-se argumentar que as raízes das ADRs remontam a um decreto emitido pelo imperador chinês Kang-Hsi (1654-1722). O imperador Kang-Hsi fez o seguinte decreto em resposta a reclamações de cidadãos sobre a corrupção e a tirania dos tribunais chineses:<sup>4</sup>

“O Imperador, considerando a imensa população do Império, a grande divisão da propriedade territorial e o caráter notoriamente litigioso do Chinês, é de opinião que as ações judiciais tenderiam a aumentar assustadoramente se as pessoas não tivessem medo dos tribunais e se sentissem confiantes de sempre encontrar neles justiça pronta e perfeita. Como o homem é capaz de se iludir a respeito de seus próprios interesses, as disputas seriam então intermináveis, e a metade do Império não bastaria para dirimir as ações da outra metade. Desejo, portanto, que aqueles que recorrem aos tribunais devam ser tratados sem qualquer piedade e de maneira que fiquem desgostosos com a lei e tremam para aparecer diante de um magistrado. Assim, o mal será cortado pela raiz; os bons cidadãos que possam ter dificuldades entre si os resolverão como irmãos recorrendo à arbitragem de algum ancião, ou ao prefeito da comuna. Quanto àqueles que são problemáticos, obstinados e briguentos, que sejam arruinados nos tribunais de justiça; essa é a justiça que lhes é devida”.

Michael McManus e Briana Silverstein documentam a história da ADR em "*Brief History of Alternative Dispute Resolution in the United States*"<sup>5</sup>. A pesquisa revelou que as técnicas formais das ADRs datam da Conquista Normanda, que permitiu utilizar um cidadão local e leigo, altamente respeitado, para conduzir ambientes informais, quase-adjudicatórios, em suas comunidades, em vez de usar uma corte mais formal do Rei.

O conceito de usar alternativas aos tribunais foi expandido mais formalmente no início do comércio das guildas, ou corporações de ofício, que buscavam impor padrões de qualidade, desempenho e comportamento de mercado.<sup>6</sup>

Muitos desses sistemas continuam hoje em determinados setores, como o mercado de diamantes e a indústria têxtil.

Os peregrinos trouxeram para os Estados Unidos o conceito de ADR "*preferindo usar seu próprio processo de mediação para lidar com os conflitos da comunidade*". Quando ocorriam desentendimentos, membros da comunidade ouviam reclamações, determinavam as falhas, avaliavam os danos e garantiam que as partes se



reconciliassem entre si<sup>7</sup>. A mediação foi formalmente institucionalizada nos EUA em 1898, quando o Congresso, após iniciativas que tiveram início alguns anos antes em Massachusetts e Nova York, autorizou a mediação para negociação coletiva de disputas<sup>8</sup>. Em 1925, o Congresso aprovou a Lei de Arbitragem Federal, que incluía autorização para os tribunais executarem sentenças arbitrais<sup>9</sup>.

Os termos modernos "Resolução Alternativa de Disputas" e "ADR" foram cunhados como resultado da primeira Conferência Pound em 1976 (inspirada pelo professor de direito de Harvard, Roscoe Pound), que promoveu o uso de mediação e arbitragem como coadjuvantes ao sistema judicial tradicional<sup>10</sup>. A Conferência Pound marcou o início de um movimento formal que incentivou o mundo dos negócios a abraçar ativamente os processos extrajudiciais para a gestão dos conflitos. O movimento tentou levar o processo de resolução de disputas mais longe, rio acima, mais perto das origens e das fontes de disputas.

A década de 1980 foi uma década de maior interesse no uso da ADR. Em 1983, o Centro de Recursos Públicos (agora mais apropriadamente denominado Instituto Internacional para Prevenção e Resolução de Conflitos, ou CPR) foi estabelecido como um grupo de reflexão para a melhoria dos processos de ADR. Em um discurso de 1984 para a Ordem dos Advogados Norte-Americana, o então Chefe da Suprema Corte, o juiz Warren Burger, defendeu que os advogados aumentassem o uso de ADR. Ele reconheceu que, embora os julgamentos pudessem ser a única maneira de resolver algumas disputas, o sistema judicial é muito adversarial, doloroso, destrutivo e ineficiente para gerenciar com eficácia todas as disputas<sup>11</sup>.

## O ADVENTO DE PRÁTICAS PROATIVAS DE PREVENÇÃO

Mesmo antes de a ADR se consolidar, o advogado de negócios Louis M. Brown argumentou que novas ideias e processos inovadores para a antecipação dos conflitos e prevenção de disputas eram necessários. Ele chamou isso de "Lei Preventiva"<sup>12</sup>. O trabalho de Brown despertou o interesse pelo estilo formal de abordagens preventivas de conflito - mais notadamente na indústria da construção, que é famosa por disputas onerosas que podem ter um impacto terrível na viabilidade e no sucesso de um projeto.

Uma das primeiras práticas preventivas conhecidas data do final de 1800, quando o Instituto Americano de Arquitetos estabeleceu um sistema para resolver disputas de projetos de construção entre proprietários e empreiteiros. O processo designava o arquiteto como o juiz inicial do desempenho do contratante. Em caso de disputa sobre a decisão do arquiteto, o processo exigia um recurso imediato a uma arbitragem *ad-hoc* do problema perante um especialista, árbitro da indústria de construção. Normalmente, não havia falta de profissionais qualificados, indivíduos que poderiam servir como árbitros em curto prazo.

O sistema do Instituto Americano de Arquitetos enfatizava a pontualidade, o que era crucial para projetos de construção de movimento rápido, em que atrasos podem ser caros e ter um significativo impacto negativo. Além disso, a fácil disponibilidade de uma decisão imediata na arbitragem incentivou os arquitetos a agirem de forma justa e com integridade, geralmente resultando em aceitação da decisão do arquiteto, sem recurso, evitando e prevenindo qualquer disputa.



A prática do uso de técnicas preventivas na indústria da construção foi ampliada em 1975, quando um grupo inovador de profissionais da construção concebeu a ideia de um "conselho de revisão de disputas" de engenheiros geológicos para resolver imediatamente problemas complexos com rochas e solo em um grande projeto de construção de túneis<sup>13</sup>. Em meados da década de 1980, proprietários e empreiteiros de grandes projetos de engenharia civil expandiram ainda mais o conceito, desenvolvendo alianças de "confiança" de longo prazo para alcançar maior eficiência e economia de custos, processos que eles chamaram de "parceria estratégica", que mais tarde evoluiu para "parceria de projetos específicos"<sup>14</sup>. Durante o mesmo período, outros avanços também surgiram, tais como "incentivos financeiros para encorajar a cooperação"<sup>15</sup>, bem como a percepção exata desse conceito para determinar riscos em projetos de construção a fim de atingir a eficiência máxima<sup>16</sup>.

Uma característica comum desses processos preventivos contratuais - em contraste com processos convencionais de "resolução" da ADR - é que eles abordavam problemas e potenciais disputas de forma proativa antes que se transformassem em disputas intratáveis, em vez de lidar reativamente com disputas depois que já tivessem ocorrido.

A década de 1990 deu início a um estudo mais formal sobre técnicas preventivas. O Instituto da Indústria da Construção (CII) liderou um grupo de pesquisas significativas entre 1991 e 1994, que validou a utilidade dos processos de prevenção. O CII adicionou ao corpo de conhecimento e práticas a sugestão do uso de um "índice potencial de disputas" para identificar as potenciais fontes de problemas em projetos de construção<sup>17</sup>. A CII também demonstrou que o conceito do Conselho de Revisão de Disputas poderia ser expandido para projetos multidisciplinares, como projetos de arranha-céus e edifícios de escritórios, e não apenas projetos envolvendo disciplinas técnicas únicas<sup>18</sup>.

Uma parte fundamental da contribuição da pesquisa do CII foi o reconhecimento formal de uma distinção crítica entre técnicas "preventivas" e técnicas de "resolução" na solução de litígios. Essa distinção era conhecida como a "divisão continental da resolução de disputas" e é o ponto onde as partes perdem o controle, pois o processo passa da prevenção proativa para a resolução reativa, que "não é oportuna nem barata e raramente é satisfatória"<sup>19</sup>. Os termos são definidos como:

- Técnicas "preventivas": processos que permitem às partes (e às pessoas em privacidade com as partes) manter o controle de seu potencial desacordo, evitando a resolução de disputa convencional;
- Técnicas de "Resolução": processos através dos quais "estranhos" ao desacordo procuram resolver uma disputa.

Durante o mesmo período, a Associação Americana de Arbitragem<sup>20</sup> e o Centro de Recursos Públicos<sup>21</sup> também avançaram na compreensão das abordagens preventivas, quando classificaram essas abordagens em um espectro, ou em processos contínuos de prevenção progressiva, que podem ser combinados em processos graduados ou em "sistemas" para fornecer às partes contratantes uma gama completa de alternativas de prevenção e resolução de disputas<sup>22</sup>.

Este trabalho inicial em vigor moveu o processo de resolução de disputas ainda mais adiante, adotando processos proativos que antecipam, tratam e previnem problemas e potenciais disputas na fonte, antes de serem submetidos a sistemas tradicionais de resolução de disputas, sabidamente caros, demorados e potencialmente prejudiciais ao relacionamento.



Uma das técnicas preventivas mais recentes é o uso de análise de dados para pesquisar indicadores de "alerta antecipado". A ideia surgiu em 2012, quando os especialistas em análise de dados começaram a analisar arquivos de dados eletrônicos (por exemplo, documentos, e-mails, textos), para detectar padrões que poderiam indicar risco potencial. Se um risco for detectado, os dados suspeitos podem ser analisados e tratados antes que um problema potencial se transforme em uma preocupação séria. Por exemplo, se um problema potencialmente arriscado aparecer nos e-mails de ontem, um advogado interno pode decidir conduzir uma investigação interna hoje para confirmar ou negar o "alerta antecipado." Se confirmado, e uma vez que o texto em questão foi apresentado quase que em tempo real, os riscos podem ser tratados internamente, antes de se transformarem em problemas reais, disputas<sup>23</sup> ou litígio<sup>24</sup>.

Enquanto a indústria da construção estava tendo sucessos iniciais com práticas de prevenção, outras indústrias ainda estavam presas na "resolução" - a qual estava se tornando mais complicada e mais cara. Um artigo de 1994 da Harvard Business Review criticou a ADR no artigo apropriadamente intitulado *"Resolução alternativa de disputas: por que não funciona e por que funciona"*, declarando: *"A má notícia é que a ADR, como praticada atualmente, muitas vezes se transforma em um sistema judicial privado que parece e custa como o litígio que deveria evitar."*<sup>25</sup> Um relatório da Cornell Law School relata que isso só piorou com o passar dos anos.<sup>26</sup>

A boa notícia é que há um maior interesse das comunidades acadêmica e empresarial na expansão de técnicas "preventivas" de ADR fora da indústria de construção. Esse movimento é liderado por visionários como:

- Thomas D. Barton, Coordenador do Centro Nacional de Direito Preventivo, na Escola de Direito do Oeste da Califórnia;
- Helena Haapio, Professora Assistente de Direito Empresarial na Universidade de Vaasa e Consultora Jurídica de Contratos Internacionais na Lexpert Ltd, com sede em Helsinque, Finlândia<sup>27</sup>
- Tim Cummins, presidente e CEO da Associação Internacional para Contratos e Gestão Comercial (IACCM)<sup>28</sup> ;
- Bernard Mayer, professor de resolução de disputas no Instituto Werner, na Universidade de Creighton<sup>29</sup>;
- James P. Groton, um "advogado em recuperação" que praticou a prevenção de litígios ao longo de sua carreira<sup>30</sup>;
- Kate Vitasek, docente e pesquisadora principal do trabalho da Universidade do Tennessee sobre terceirização no modelo Vested®<sup>31</sup>.

Embora a arbitragem e a mediação ainda sejam as técnicas de ADR mais conhecidas e usadas hoje em dia, o conceito de ADR cresceu para significar qualquer método de resolução de disputas sem recorrer a litígios em um tribunal<sup>32</sup>. Além disso, a utilização de processos preventivos expandiu-se para além da indústria de construção, alcançando muitos outros tipos de relacionamentos de negócio.<sup>33</sup>

O reconhecimento do valor das práticas preventivas ganhou um impulso quando o Instituto Internacional de Mediação (IMI) organizou um seguimento da Conferência de Pound original em 2016/2017, para avaliar o estado de resolução de disputas 40 anos após a primeira Conferência de Pound de 1976.<sup>34</sup> A série de conferências (conhecida como Conferência Global Pound) foi realizada em 29 cidades ao redor do mundo e reuniu milhares de usuários, provedores e consultores para discutir a direção futura das ADR. Durante o evento, os delegados foram solicitados a votar quais os processos deveriam



ser priorizados para melhorar a resolução de disputas. Na votação cumulativa geral, os delegados - por uma margem substancial - votaram em "processos de pré-disputa ou pré-escalação para prevenir conflitos ", entre outros processos de resolução de disputas.

## EXPANDINDO O USO DE TERCEIROS NEUTROS

Organizações - especialmente organizações que desejam adquirir bens e serviços – têm usado , há muito tempo, terceiros externos, não integrantes de seu sistema, como consultores e prestadores de serviços jurídicos para ajudá-las a selecionar e obter fornecedores. No início de 1990, os pesquisadores começaram a explorar o conceito de usar terceiros como "construtores de pontes" nos relacionamentos.<sup>35</sup> Em 1991, terceiros notáveis da Brown desempenharam o papel de "atores centrais entre os diversos constituintes", que podem ser um canal eficaz para "ideias e inovações, uma fonte de informações, um corretor de recursos, um negociador de acordos, um conceitualizador de estratégias e um mediador de conflito."<sup>36</sup>

Demonstrou-se que terceiros Neutros fornecem valor a uma variedade de capacidades, incluindo:

- Pesquisa da LG. Zucker (1986), segundo a teoria da confiança sugere que as pessoas se envolvem em automonitoramento e demonstram comportamentos de maior confiança em um relacionamento quando há uma ligação compartilhada com um terceiro<sup>37</sup>;
- J.S. Coleman, que em 1990 argumentou que, quando um terceiro mútuo está conectando duas partes, o terceiro neutro pode exercer sanções que restringirão as partes a se comportar de forma oportunista uma com a outra;<sup>38</sup>
- "Organizações de transição", cujo papel é facilitar parcerias multissetoriais (F. Westley e H. Vredenburg 1991) <sup>39</sup>
- "Boundary spanners" em redes (R. S. Burt 1992) <sup>40</sup>
- "Intermediários" em alianças (B. Nooteboom 2004) <sup>41</sup>
- "Intermediários" para melhorar a inovação (J. Howells 2006) <sup>42</sup>
- Construindo e restaurando confiança (Nooteboom 2004, McEvily e Zaheer 2004, Mesquita 2007) <sup>43</sup>
- Prevenir o comportamento oportunista (Coleman 1990) e reduzir o efeito negativo da disparidade de poder (Nooteboom 2004) <sup>44</sup>
- Henry Adobor e Ronald S. McMullen descobriram que o uso de uma terceira parte neutra e confiável exerce influência indireta, inspirando automonitoramento sem sanções diretas. <sup>45</sup>
- Gillian Hadfield, que defendeu em 2017 uma mudança para a regulamentação de terceiros, para criar abordagens de baixo custo e *"garantir que não apenas os fornecedores de países pobres, mas também as corporações globais que compram deles estejam sujeitas a regras"* <sup>46</sup>

Pesquisa em um artigo do Journal of Purchasing and Supply Management, intitulado "Parcerias Estratégicas de Compradores e Fornecedores - o papel de uma organização terceirizada ", mostra como um terceiro pode desempenhar um "papel significativo e positivo no desenvolvimento da interface de relacionamentos. "<sup>47</sup>



## O ADVENTO DO NEUTRO PREVENTIVO

Conforme observado anteriormente, o primeiro Conselho de Revisão de Disputas (DRB) foi estabelecido em 1975. O DRB era um painel de três partes confiáveis, formado por consultores especialistas independentes escolhidos pelas partes contratantes, que deveriam estar imediatamente disponíveis para ajudar a resolver disputas que surgissem entre as partes durante a relação contratual. Em 1991, o processo foi usado com sucesso em mais de 100 projetos que exigem experiência em apenas uma tecnologia, como túneis (engenharia geotécnica), barragens (engenharia civil), outros grandes projetos de obras civis de engenharia e alguns projetos comerciais. Naquela época, o DRB era e é reconhecido como um processo superior para manter a paz em um projeto de construção. A primeira utilização do termo "Neutro Preventivo" para caracterizar um Quadro de Revisão de Disputas aparece em 1991 em uma publicação do CPR de 1991: "Prevenindo e resolvendo a construção de Disputas."<sup>48</sup>

Ao contrário de um Neutro usado em uma base *ad-hoc* para resolução de disputas em mediação ou arbitragem, um Neutro Preventivo é uma técnica de "resposta rápida" prontamente disponível, projetada para prevenir quaisquer problemas de escalada em disputas adversas que poderiam ir para mediação, arbitragem ou litígio. Uma característica fundamental é que o neutro está à disposição - o que significa que é integrado na estrutura de governança contínua das partes. Outro conceito-chave é que o Neutro Preventivo apoia o relacionamento em si e ambas as partes igualmente; o objetivo é garantir o sucesso do relacionamento.

## UM OLHAR ADIANTE

Há pouca pesquisa formal sobre o uso de Neutros Preventivos fora da indústria da construção; este é um dos principais motivos pelos quais a Universidade do Tennessee desenvolveu este trabalho mais abrangente.

O restante deste artigo demonstra as vantagens exclusivas do Neutro Preventivo e como colocar esse processo em prática.

A Parte 3 explora os fundamentos - o que e como - de um Neutro Permanente. A Parte 4 mostra como o processo Neutro Preventivo pode ser adaptado para atender às necessidades específicas de diferentes relações de negócios, ilustrando exemplos do mundo real no uso de um Neutro Preventivo na prática. A Parte 5 fornece evidências de custos e benefícios da adoção de um processo de utilização de Neutro Preventivo.

Concluimos com uma chamada à ação para que indivíduos e organizações incorporem Neutros Preventivos nos seus relacionamentos comerciais - especialmente para os negócios mais estratégicos e complexos - a fim de evitar possível desalinhamento de interesses que pode facilmente resultar em sombreamento, comportamentos que corroem a confiança e podem levar a conflitos generalizados.



### PARTE 3. O QUE É COMO DE UM NEUTRO PREVENTIVO

Existem muitas variações possíveis para um Neutro Preventivo. A Parte 3 enfoca o Neutro Preventivo "clássico", enquanto a Parte 4 explica como o processo pode ser modificado para atender às necessidades de um relacionamento específico, bem como fornece exemplos de como organizações progressistas estão evoluindo o conceito de Neutro Preventivo para agregar-lhe ainda mais valor.

#### O PAPEL DO NEUTRO PREVENTIVO CLÁSSICO

O papel de um Neutro Preventivo também tem sido referido como "Árbitro" ou "Pessoa Sábia" ou "Painel de Revisão de Disputas" ou "A Liga". O papel principal de um Neutro Preventivo "clássico" é servir como um solucionador de disputas em "tempo real" em um relacionamento. Porque o Neutro está "à disposição", ele ou ela pode agir imediatamente para resolver qualquer potencial ou real disputa que as partes não podem resolver por si mesmas. Existem algumas variações de um Neutro Preventivo clássico, mas quase todos envolvem algumas etapas típicas, a seguir identificadas:

##### SELEÇÃO

No início do relacionamento, as partes selecionam uma ou três pessoas em quem têm confiança e segurança para servir como seu solucionador de disputas (o Neutro Preventivo) em todo o seu relacionamento. Um único Neutro Preventivo deve ser sempre totalmente independente. Na maioria dos casos onde há um sistema de Neutro Preventivo com vários membros, cada parte nomeia um membro, e os dois neutros nomeados selecionarão um terceiro membro; em tais casos, é normal requerer que cada membro do painel seja aceitável para ambas as partes e que todos os membros do painel devam ser independentes e imparciais, sem nenhuma lealdade especial para com a parte que fez a indicação. Como parte do processo seletivo, as partes formalizam um acordo com o Neutro, que inclui a determinação das responsabilidades e a autoridade dele, seja individual, seja um grupo.

##### RESUMO

As partes informam o Neutro Preventivo quanto à natureza, ao escopo e ao propósito do relacionamento ou empreendimento. Como parte do resumo, o Neutro Permanente geralmente é equipado com um conjunto básico de materiais do contrato e documentos de apoio.

##### ENVOLVIMENTO CONTÍNUO

O Neutro Preventivo geralmente faz parte da governança contínua, disponível em curto prazo a reunir-se regularmente com as partes para uma revisão básica do andamento do relacionamento, mesmo se não houver problemas. Às vezes, o Neutro Preventivo está apenas disponível em uma base *ad hoc*, com as partes contratantes acionando o Neutro, sempre que necessário, para dar um parecer consultivo.

##### RESOLUÇÃO DE DISPUTAS/ADMISSIBILIDADE DE RECOMENDAÇÃO

Se as partes têm uma disputa, elas não podem resolvê-la sozinhas após receber o conselho do Neutro Preventivo; assim, as partes podem usar o Neutro Preventivo para a resolução formal de disputas. Dependendo da vontade das partes, o Neutro Preventivo recebe autoridade para agir sobre questões e disputas, fazendo uma avaliação ou



recomendação não vinculativa ou até mesmo tomando uma decisão vinculativa. Se o Neutro Permanente tiver poderes para fazer apenas uma recomendação, qualquer uma das partes pode contestar a sua recomendação. No entanto, a recomendação será normalmente admissível como prova em qualquer arbitragem subsequente ou mesmo em processo judicial.

### CUSTOS

As partes absorvem igualmente os custos e as despesas do Neutro Preventivo.

## TRÊS ELEMENTOS CRÍTICOS DO PROCESSO NEUTRO PREVENTIVO

Existem três elementos técnicos essenciais para o sucesso do Neutro Preventivo

- Seleção mútua precoce
- Envolvimento contínuo do neutro
- Ação imediata em quaisquer problemas.

Cada elemento é discutido abaixo com mais detalhes. Em seguida, explicamos por que os elementos - quando combinados - funcionam tão bem. Também explicaremos como os serviços de Neutro Preventivo são uma valiosa função de prevenção de disputas.

### SELEÇÃO MÚTUA ANTECIPADA

O uso de um Neutro Preventivo começa quando as partes concordam mutuamente e designam um único Neutro (ou um conselho de três Neutros, como o Dispute Board, na indústria da construção).

As partes devem selecionar em conjunto um Neutro Preventivo, em que cada um tenha alta confiança na integridade e na experiência do neutro. Um Neutro Preventivo é, normalmente, um especialista na indústria em que as partes estão envolvidas (por exemplo, construção, gerenciamento de instalações, serviços de TI).

O Neutro Preventivo deve ser selecionado em conjunto pelas partes no início do relacionamento. Se o Neutro Permanente desempenha um papel como arquiteto do negócio, ele ou ela deve ser selecionado antes de as partes iniciarem seu processo de contratação. Se o Neutro Preventivo for usado principalmente em um processo de resolução de problemas como parte da governança contínua, então deve ser selecionado durante o processo de contratação e antes da assinatura do contrato. Isso permite que o Neutro Preventivo seja incorporado como parte dos mecanismos de governança em andamento.

Ao estabelecer uma posição neutra desde o início do relacionamento, o Neutro passa a fazer parte da equipe e ajuda a criar um ambiente colaborativo. Muitos veem um Neutro Preventivo como um "amigo comum", "árbitro" ou "caixa de ressonância sensata" porque seus conselhos são respeitados e aceitos mais prontamente do que se as partes trouxessem um estranho (mediador ou árbitro) após uma disputa formal.

A pré-seleção de um Neutro Preventivo no início do contrato evita muitos problemas associados ao tipo de manobra adversária e a atrasos associados à tentativa de encontrar um mediador ou árbitro adequado após o surgimento de uma controvérsia.

### ENVOLVIMENTO CONTÍNUO



Uma vez que o Neutro Preventivo é selecionado, ele ou ela é informado sobre o relacionamento e recebe os documentos necessários que descrevem o relacionamento.

O papel de um Neutro Preventivo varia com base em seu ponto de entrada no relacionamento. Por exemplo, a popular metodologia de terceirização Vested, da Universidade do Tennessee, para o desenvolvimento de relacionamentos de terceirização altamente colaborativos, em que todos ganham, incorpora um "arquiteto de negócios" neutro, como um coach, como parte do desenvolvimento do contrato. O Neutro Preventivo enquanto coach fornece uma visão objetiva sobre fatos e questões que ajuda as partes a garantir que consigam um contrato justo e equilibrado.

Organizações que incorporam um Neutro Preventivo como parte da governança contínua (por exemplo, no Conselho de Revisão de Disputas da indústria da construção), contará com o Neutro Preventivo para ajudar as partes a abordar e a resolver imediatamente os problemas e as preocupações que surgem no relacionamento e para evitar que os problemas se transformem em disputas de pleno direito. O envolvimento contínuo e rápido garante que os problemas sejam resolvidos enquanto são pequenos, evitando-se a necessidade de mediação, arbitragem ou litígio mais oneroso. A disponibilidade pronta do Neutro Preventivo e sua familiaridade com o relacionamento tornam possível obter uma resolução rápida de quaisquer disputas.

Uma das principais diferenças entre um Neutro Preventivo e um mediador ou árbitro é que o Neutro Preventivo tem envolvimento contínuo com as partes durante a vida do contrato (ou projeto, como na indústria da construção). As partes fornecem rotineiramente ao Neutro relatórios de progresso periódicos à medida que o relacionamento progride e, quando possível, convidam o Neutro Preventivo para se reunir ocasionalmente com as partes, independentemente de qualquer disputa imediata. Por exemplo, em projetos de construção, Dispute Boards são frequentemente parte da administração do projeto. Da mesma forma, em um relacionamento de terceirização, um Neutro Preventivo pode ser incorporado a mecanismos de governança formal, como Avaliações Trimestrais, por exemplo.

Conforme um Neutro Preventivo apresenta uma abordagem mais "prática", ele ou ela quase sempre pode ganhar confiança rapidamente ao ser justo e imparcial. Além disso, o envolvimento contínuo do Neutro gera uma percepção da dinâmica e do progresso da relação. Ainda, eles podem treinar cada parte sobre os possíveis comportamentos oportunistas que venham a facilmente iniciar uma espiral descendente de ações negativas na mesma moeda.

Um dos principais benefícios de se ter um Neutro Preventivo embutido no relacionamento é que ele oferece conselhos que aumentam significativamente a velocidade de tomadas de decisão quando necessário. Ademais, o Neutro ouvirá todas as disputas que ocorrerem durante a história do relacionamento, o que promove discussões mais francas. Isso permite que o Neutro mude o foco de "um juiz" para "um técnico".

Por último, a natureza contínua do relacionamento com o Neutro Preventivo torna-se um poderoso incentivo inerente para as partes "automonitorarem" comportamentos e evitem oportunismo e sombreamento<sup>49</sup>, comportando-se da mesma forma como um árbitro trabalha em um esporte para conter maus comportamentos. Por isso, o Neutro Preventivo pode influenciar, durante o período do contrato, ações positivas que melhorem o desempenho do contrato.



## **AÇÃO EM TEMPO REAL E IMEDIATA EM QUESTÕES / PREOCUPAÇÕES / DISPUTAS**

Um objetivo fundamental de um processo Neutro Preventivo é preservar as relações de cooperação entre as partes contratantes. O clássico Neutro Preventivo enfatiza "manter a paz" em um relacionamento, enquanto os Neutros Preventivos modernos se concentram em uma forma mais proativa de alinhamento contínuo de interesses. Um bom processo de Neutro Preventivo é uma "resposta / dose rápida" da realidade "técnica que enfatiza a resolução em" tempo real ".

Espera-se que o Neutro Preventivo esteja disponível em um prazo relativamente curto para consulta com as partes e para discutir questões enquanto o desalinhamento e os problemas são novos e ainda potencialmente pequenos. O Neutro Preventivo tem uma capacidade fantástica de ajudar as partes a resolver qualquer desalinhamento, porque se converte em uma "parte confiável da equipe". O Neutro Preventivo revisa um problema enquanto está no estágio inicial e ajuda as partes a identificarem formas de avançar de maneira informal, antes que questões se tornem disputas. O envolvimento precoce do Neutro Preventivo cria oportunidades valiosas para as partes evitarem conflitos por meio de comunicação proativa. Além disso, a participação de advogados como defensores das partes é desencorajada, de modo a preservar a informalidade do processo e ajudar a mantê-lo o menos adversarial possível. \* Isso oferece uma vantagem significativa sobre a mediação tradicional, as técnicas de arbitragem ou a reconciliação.

Normalmente, se as partes não conseguirem chegar a uma resolução, o Neutro Preventivo apresentará um recomendação imparcial (não uma proposta de compromisso) quando surgirem questões.<sup>50 51</sup> Se o Neutro Preventivo é chamado para fazer uma recomendação, esta será frequentemente em matéria de direito apenas, deixando a discussão dos valores para as partes, após terem recebido o conselho. Normalmente, as recomendações do Neutro Preventivo não são vinculativas, e as partes podem escolher um processo de resolução de disputa mais formal, como arbitragem ou litígio, caso a recomendação do Neutro não seja aceita.

No entanto, às vezes as partes dão ao Neutro Preventivo autoridade para agir como um árbitro para tomar decisões vinculativas. A desvantagem de pedir uma decisão vinculativa é que provavelmente ela pode vir a envolver participação de advogados que atuam em um modelo adversarial, mudando um pouco a natureza do processo.

A experiência tem mostrado que, quando um problema é encaminhado ao Neutro Preventivo, as suas decisões geralmente são aceitas por ambas as partes, sem nenhuma tentativa de se buscar resolução em outro local ou em tribunal. Este resultado é aprimorado, visto que há uma estipulação de contrato afirmando que, se ocorrer qualquer arbitragem ou litígio subsequente, as decisões do Neutro Preventivo poderão ser admitidas como provas em uma futura arbitragem ou litígio formal.

## **POR QUE O PROCESSO DO NEUTRO PREVENTIVO FUNCIONA TÃO BEM**

Quando as partes combinam os três elementos acima em um processo Neutro Preventivo, em essência estabelecem as "regras" de como eles usarão o Neutro para prevenir ou resolver os problemas o mais cedo possível. Um processo de Neutro



Preventivo bem projetado incorpora suas regras como componentes fundamentais da governança contínua das partes.

Os Neutros Preventivos têm um histórico notável de sucesso onde quer que sejam utilizados. Na maioria dos casos, as partes nunca olham para o Neutro Preventivo para fazer quaisquer recomendações ou decisões. E, na minoria de casos em que o Neutro realmente faz uma recomendação, 95% das recomendações são aceitas pelas partes, sem recurso a mediação, arbitragem ou litígio.<sup>52</sup>

O estabelecimento de um Neutro Preventivo - que parece à primeira vista ser apenas uma eficiente técnica para resolver disputas rapidamente - cria uma situação dinâmica, em que os participantes da empresa mudam seu relacionamento e suas atitudes em relação uns aos outros. As mudanças geralmente são uma evolução, ao invés de um esforço consciente. Por exemplo, no início é comum que as partes contratantes sintam que estão simplesmente escolhendo um especialista neutro para resolver conflitos entre eles prontamente. No entanto, como o Neutro interage com as partes durante os fóruns de governança em andamento, as partes desenvolvem uma maior sensação de confiança na capacidade do Neutro Preventivo de aliviar rapidamente o atrito no relacionamento. Quando isso acontece, as partes mudam sua visão do Neutro Preventivo de "resolvidor de disputas" para um "amigo comum" ou uma "caixa de ressonância sensata".

Simplificando, o mero ato de nomear um Neutro Preventivo pode ser como uma "bala mágica" para ir reduzindo ou mesmo eliminando atritos entre as partes de um contrato. A pesquisa apoia tal possibilidade desde 1933, quando Elton Mayo pesquisou o "Efeito Hawthorne", que afirma que o mero ato de observar pode afetar os comportamentos.<sup>53</sup> Desde então, vários pesquisadores têm mostrado o impacto do uso de terceiros. Por exemplo, Adobor e McMullen descobriram que "a simples presença de terceiros promove o 'automonitoramento' de comportamentos" e Dan Ariely mostrou que a presença de outras pessoas faz com que os indivíduos se comportem mais honestamente e não reíne um comportamento antiético, como em uma trapaça.<sup>54</sup> Esses efeitos são amplificados quando o observador terceirizado tem conhecimento do objeto e da natureza do contrato.

Por que a presença de um Neutro Preventivo tem um impacto tão poderoso? A avaliação, mas normalmente não vinculativa à natureza do Neutro Preventivo, fornece uma "dose de realidade" para as partes e as incentiva a serem mais objetivas em suas negociações uma com a outra. Quando surgem diferenças de opinião, o acesso contínuo das partes ao Neutro Preventivo permite que elas usem rapidamente o Neutro com o objetivo de uma caixa de ressonância, obtendo uma retomada do curso de ação recomendado e minimamente disruptivo para a relação comercial. Isso incentiva o trabalho em equipe e leva a um melhor desempenho de todas as partes. As partes contratantes tornam-se inerentemente incentivadas a se concentrar em "consertar o problema", ao invés de "consertar a culpa", e a usar seu conhecimento mútuo para resolver o problema em vez de ceder o controle ao Neutro. Um benefício colateral é quando as partes constroem suas próprias soluções para os problemas, pois muitas vezes aumentam sua confiança e segurança nas habilidades de cada um, o que, em última análise, fortalece o relacionamento.

Por essas razões, o Neutro Preventivo não serve apenas como um modo de espera "em tempo real" para um processo de resolução de disputas, mas também como um processo de prevenção notavelmente bem-sucedido, oferecendo os seguintes benefícios:



### ATITUDES E DESEMPENHO MELHORADOS

Um processo de Neutro Preventivo bem projetado e bem executado aumenta significativamente a certeza das partes de que os problemas serão resolvidos de maneira rápida e justa. Isso as encoraja a buscarem uma solução mútua para seus problemas, mesmo sem envolver os neutros, o que, em última análise, melhora as atitudes e o desempenho porque:

- Exige que as partes identifiquem os problemas com antecedência e lidem com eles prontamente;
- Incentiva as partes a se comunicarem entre si;
- Incentiva as partes a avaliarem suas posições sobre as questões de forma realista;
- Incentiva a negociação direta e desencoraja a postura de disputas;
- Melhora as relações entre as partes;

### DECISÃO DE DISPUTA DE ALTA QUALIDADE

Se o Neutro Permanente fizer uma recomendação, ou decisão, sua qualidade é superior porque:

- Resolve os problemas / disputas rapidamente;
- É feito por pessoa que foi escolhida voluntariamente pelas partes e já foi pré-qualificado como um especialista;
- A pré-seleção do Neutro antes que um problema surja economiza tempo e dificuldade, o que frequentemente não ocorre quando ele é selecionado após o surgimento de uma disputa;
- O Neutro tem o benefício da familiaridade, da continuidade e da experiência acumulada do relacionamento;
- O problema é resolvido enquanto os fatos ainda são recentes;
- As partes são mais propensas a aceitar uma recomendação ou decisão como justa, porque têm confiança na experiência, no conhecimento e na integridade do Neutro;
- Se o Neutro tomar uma decisão vinculativa, em vez de meramente uma recomendação, essa é uma decisão final e, portanto, não há incerteza sobre o resultado;

### DECISÃO DE BAIXO CUSTO

Um Neutro Preventivo é uma forma extremamente econômica de prevenir e resolver disputas porque:

- O problema é resolvido antes de se tornar incontrolável;
- Os efeitos disruptivos de decisões atrasadas são evitados;
- As despesas substanciais, os riscos e as incertezas de mediação, arbitragem ou processos judiciais são evitados;



## PRINCIPAIS ETAPAS PARA ENGAJAR UM NEUTRO PREVENTIVO

Incorporar um Neutro Preventivo normalmente envolve as seguintes etapas:

- Comece verificando as diretrizes específicas de qualquer país ou estado que possam limitar o Neutro Preventivo a agir como uma terceira parte. Por exemplo, o estado de Washington tem diretrizes para advogados que desejam trabalhar como terceiros neutros (consulte o Apêndice 3);
- Em seguida, as partes de um contrato comercial de longo prazo realizam pesquisas e compilam uma lista restrita de especialistas na área. Ao considerar os candidatos, as partes devem se concentrar na experiência, na neutralidade e na integridade do indivíduo. A experiência prévia com um Neutro Preventivo pode não ser requisito necessário, nem o neutro precisa ser advogado\*;
- Como parte do processo de seleção, as partes informam o Neutro sobre o objetivo e o âmbito do seu negócio e da relação contratual. Uma parte fundamental do processo de seleção é garantir que o candidato potencial não tenha conflitos de interesse e que possa suportar o cronograma esperado e/ou o ritmo de quaisquer reuniões de governança das quais deva participar;
- Uma vez que o Neutro é selecionado, as partes o informam sobre o processo e fornecem-lhe todos os documentos relevantes para o relacionamento;
- As partes e o Neutro Preventivo então assinam um contrato. É fundamental observar que os custos do Neutro Preventivo sejam divididos igualmente entre as partes para que cada uma invista igualmente no relacionamento. Ao usar um Neutro como parte de governança, recomendamos que seu papel seja formalmente incorporado no contrato das partes;
- Se o Neutro Preventivo não puder mais cumprir sua função, as partes escolherão um substituto, sendo comum que o substituído passe as informações ao substituto, instruindo a nova pessoa. Isso deve ser realizado sem comprometer a posição do novo Neutro durante a transição.

## AMOSTRA DE TERMOS DE CONTRATAÇÃO DE UM NEUTRO PREVENTIVO

Um acordo típico de Neutro Preventivo para suporte de governança contínua deve conter o que segue:

- Definir o modelo de compensação pelo qual o Neutro Preventivo será pago;
- Descrever o propósito, a função e a autoridade do Neutro Preventivo;
- Estabelecer o compromisso contínuo do Neutro Preventivo, incluindo a quais reuniões deve comparecer regularmente e as expectativas de disponibilidade para necessidades *ad hoc*;
- Também pode prever a frequência e a maneira pela qual as partes devem periodicamente atualizar o Neutro Preventivo sobre o andamento do projeto / relacionamento, como relatórios de gestão periódicos e quaisquer relatórios de incidentes;
- Pode exigir que o conselho e as decisões do Neutro Preventivo sejam provas admissíveis em qualquer arbitragem ou litígio subsequente;
- Também deve especificar se o Neutro tem poderes para emitir decisões vinculativas (atípico)



## PARTE 4. VARIAÇÕES E EXEMPLOS EM AÇÃO

A Parte 4 serve a três propósitos. Primeiro, destaca a evolução de como os Neutros Preventivos estão sendo usados. Em segundo lugar, explica variações típicas na prática, enfatizando que não há uma maneira "tamanho único" de projetar um processo de Neutro Preventivo. Terceiro, oferece exemplos reais de como as organizações estão incorporando com sucesso um Neutro Preventivo em seus relacionamentos.

### EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE NEUTRO PREVENTIVO

Conforme mencionado anteriormente, o uso de um Neutro Preventivo evoluiu ao longo do tempo. Por exemplo, na indústria da construção, da qual o conceito se originou, agora existem Conselhos de Adjudicação de Disputa (Dispute Adjudication Boards - DABs). Os Conselhos têm poderes para tomar decisões provisórias vinculativas, exigindo conformidade imediata para evitar atrasos em um projeto de construção, que pode ser utilizado somente após a conclusão da construção. O uso de DABs foi incorporado nos formulários de contrato de construção do Banco Mundial.<sup>55</sup>

No Reino Unido, existe um processo legal, incorporado por lei na maioria dos contratos de construção, em que um único adjudicador neutro pode ser chamado para fazer um julgamento rápido em questões controvertidas, o que é obrigatório fazer até a conclusão da construção. Embora a regra não exija que o adjudicador esteja "à disposição", as partes às vezes o escolhem com antecedência, essencialmente permitindo que esse adjudicador seja um Neutro que toma uma decisão vinculativa. Esse processo foi descrito como "pague agora, discuta mais tarde", ou uma "solução de conserto rápido" para uma reclamação de construção, na suposição de que qualquer fato que dê errado com o processo de adjudicação possa ser resolvido em litígio ou em arbitragem subsequente<sup>56</sup>.

O papel do Neutro Preventivo também se expandiu fora da indústria de construção. Neutros são encontrados agora em acordos de terceirização, nos serviços financeiros da indústria, em contratos de franquia, em contratos de terceirização, em projetos de construção de longo prazo e em contratos operacionais e de manutenção.

O papel de Neutro Preventivo também está se expandindo para ir mais longe. Por exemplo, sendo incluído como parte do desenvolvimento do contrato (por exemplo, como na metodologia de terceirização Vested, da Universidade do Tennessee), desempenhando o papel de "coach" ou de "arquiteto do negócio" no início do relacionamento, para garantir um acordo justo e equilibrado que atenda de forma otimizada as necessidades de ambas as partes.

A próxima seção descreve os principais fatores de decisão com as quais as partes precisam concordar mutuamente ao projetar um papel Neutro Preventivo para seu relacionamento.

### VARIAÇÕES DO PROCESSO NEUTRO PREVENTIVO

Não existe um processo de Neutro Preventivo "tamanho único", pois ele é versátil e pode ser facilmente modificado para atender às necessidades exclusivas das partes e de sua situação. Quando as partes estão projetando seu processo de Neutro Permanente, precisarão considerar os fatores que são discutidos na página seguinte<sup>57</sup>.



### NÚMERO

Um processo Neutro Preventivo normalmente envolve um ou três membros (ou seja, Conselho de Revisão de Disputas comumente usado na indústria da construção). O número é, em geral, um fator da experiência e do orçamento. Em alguns casos, um único Neutro Preventivo pode não ter as habilidades adequadas necessárias para atender a situação única das partes .

### GRAU DE ENVOLVIMENTO DO NEUTRO

Um fator-chave de decisão é determinar o nível de envolvimento. Você quer que o Neutro Preventivo faça parte da assinatura do pré-contrato ou apenas acompanhe a execução do contrato?

No mínimo, seu Neutro Preventivo deve estar integrado como parte da governança contínua - mas você precisará determinar seu nível de envolvimento. Os Neutros terão bastante proximidade e envolvimento contínuo em todos os níveis de governança? Ou terão apenas contato ocasional, como participação de avaliações trimestrais de negócios ou, simplesmente, cumprimento de um papel de reserva?

As partes que desejam que o Neutro Preventivo participe da assinatura do pré-contrato também devem determinar qual será o nível de envolvimento. Por exemplo, o Neutro simplesmente desempenhará um papel de facilitador e coach, ou estará mais envolvido, como fornecedor do projeto conjunto de gestão através do processo de contratação, ou talvez até mesmo como auxiliar na elaboração do contrato?

### FUNÇÃO DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS

Outro fator de decisão importante é determinar o papel do Neutro Preventivo na resolução de conflitos, se surgirem. As funções variam, desde servir a um papel estritamente facilitador (atuando como um mediador permanente), até realizar uma função de consultoria especializada (como a prestação de um parecer consultivo profissional sobre um assunto técnico). Em alguns casos, o Neutro Preventivo desempenha um papel ainda mais amplo, como tornar não vinculativas, ou legalmente informais, as decisões.

### FACILITADOR OU PAPEL ADJUDICANTE

Se o Neutro Preventivo receber autoridade para tomar decisões, as partes devem determinar o nível de autoridade. Por exemplo, o Neutro Preventivo terá autoridade para tomar decisões vinculativas ou não vinculativas? Se o Neutro Preventivo deverá ter um papel facilitador, ou adjudicativo, dependerá da rapidez e da certeza que as partes procuram. Na indústria da construção, na qual as partes precisam de uma verificação objetiva da realidade para resolver um problema, de modo que a construção possa prosseguir sem demora ou incertezas, um papel adjudicante é o preferido. No entanto, outras relações de negócios podem não exigir velocidade ou certeza exemplificada e podem requerer que o Neutro tenha apenas um papel facilitador.

### LATITUDE PARA APURAÇÃO DOS FATOS

Nos casos em que o papel do Neutro Preventivo é tomar uma decisão, ou fazer uma recomendação, seja não vinculativa ou vinculativa, o Neutro pode receber ampla gama de graus de latitude para fazer sua determinação, como a capacidade de contratar pessoas, especialistas externos, ou fazer uma investigação pessoal, diferentemente de apenas receber informações e provas produzidas pelas partes. Ou, ainda, as partes podem concordar em enquadrar as questões a serem atendidas por um Neutro em um



formato de "arbitragem de futebol", em que este deve escolher entre duas propostas alternativas feitas por duas partes.

### EXEMPLOS NA PRÁTICA

Nesta seção, fornecemos exemplos de 12 variações de como as partes estão usando o Neutro Permanente na prática. A Figura 1 resume cada exemplo para mostrar como eles variam em uma sequência que vai de natureza preventiva a uma resolução formal de disputas.

FIGURA 01 Resumo de exemplos neutros preventivos

Assinatura de pré-contrato	Durante a execução do contrato			
Prevenção (Antes Da Assinatura Do Pré-Contrato)	Solução de problemas	Controle de disputas	Resolução facilitada	Resolução formal de disputas
	1. Dispute Board (comum na indústria da construção civil)			1 Disputa Board Adjudicativo
	Neutro preventivo individual			
		2. Perito Preventivo Terceirização da Microsoft		
	3. Mediador Preventivo (Escritório Ombudsman da Coréia do Sul)			
				4. Árbitro Preventivo (Toyota)
5. Arquiteto de Negócios/Facilitador de Parcerias (Télia/Vélia)				
6. Exemplo de Licenciamento e Marcas				
		7. Comitê de Experts em Franquia		
	8. Acordo de Terceirização com Governança Integrada			
		9. Árbitros Preventivos em Desenvolvimento Imobiliário		
10. Arquiteto de Negócios em Negócios de Prestação de Serviços				
	11. Comitê de Altos Experts de ONGs sem fins lucrativos			
	12. Função de Diretor Externo			

Cada exemplo é discutido com mais detalhes.



## VARIAÇÕES MAIS COMUNS

O Instituto Internacional para Prevenção e Resolução de Conflitos descreve as seis variações mais comuns de um Neutro, incluindo o Conselho de Revisão de Disputas (Dispute Board), Neutro Permanente Único, Expert Permanente, Mediador Permanente, Árbitro Permanente e Facilitador de Parceria/Arquiteto de Negócios. <sup>\*58</sup> ( cada um é discutido abaixo)

(Para uma discussão mais abrangente, consulte o Instituto Internacional de Prevenção de Conflitos e Artigo de Resolução “Como e por que a Técnica de Prevenção e Resolução de Disputas Neutras Permanentes pode ser aplicada”. Veja a citação da nota final para referência completa)

### 1. DISPUTE BOARD / CONSELHO DE ADJUDICAÇÃO DE DISPUTAS

O Dispute Board (também chamado de Dispute Review Board, ou Dispute Adjudication Board), que em Português poderia ser entendido como Conselho de Disputa, ou Conselho de Adjudicação de Disputa, foi usado pela primeira vez em 1975 na indústria de construção.<sup>59</sup> Um Dispute Board é normalmente um conselho de três membros neutros nomeados no início de uma relação comercial continuada, mantido durante todo o relacionamento. O Dispute Board visita regularmente as partes e, entre as visitas, recebe atualizações para que o conselho possa ficar a par dos desenvolvimentos durante a relação comercial.

Se surgirem disputas, o Dispute Board “ouve” o assunto em um processo informal. Então, o Conselho dá às partes conclusões e recomendações detalhadas, mas não vinculativas, que podem ser aceitas, rejeitadas ou usadas como base para negociações futuras. Alguns conselhos também são conhecidos como Conselhos de Adjudicação de Disputa e emitem determinações “temporariamente vinculantes”, que as partes são obrigadas a honrar imediatamente, sujeitas ao direito de arbitrar ou litigar posteriormente, se assim escolherem.

O principal motivador dos Conselhos de Disputa tem sido os projetos financiados pelo Banco Mundial. O primeiro uso de um Dispute Board fora dos Estados Unidos foi em Honduras (para o El Cajon - Projeto Hidrelétrico). O número de grandes projetos internacionais que utilizam o Dispute Board aumentou drasticamente desde meados da década de 1990, incluindo:

- Projeto do Túnel do Canal, no qual um DAB permanente de cinco membros foi usado;
- Projeto do Aeroporto de Hong Kong, em que um DAB de sete membros foi usado;
- Projeto de energia hidrelétrica de Ertan, na China, no qual um DRB de três membros foi utilizado. <sup>60</sup>

Dispute Boards e Neutros Preventivos Individuais podem ser classificados como o Neutro “clássico”, porque o foco é limitado à resolução de problemas e a técnicas de redução de escalada de ADR versus as técnicas de prevenção de problemas.

Um único indivíduo Neutro Preventivo é um substituto eficiente para um Dispute Board e tem sido usado efetivamente fora da indústria da construção em âmbitos de uma natureza semelhante. A Dispute Review Board Foundation sugere que um único Neutro Permanente seja usado para projetos de construção abaixo de US \$ 10 milhões em



custos, enquanto projetos de construção maiores que US \$ 10 milhões em custos devem usar um Conselho padrão de três membros.<sup>61</sup>

A experiência dos autores é que negócios não relacionados à construção tendem a usar um único Neutro Preventivo.

## 2. PERITO PREVENTIVO

Se as partes preveem uma necessidade potencial, durante o relacionamento, de procurar um determinado especialista em temas de disputa, podem nomear um Perito Permanente que pode ser chamado a emitir parecer pericial sempre que necessário. Os Peritos Preventivos, ou Especialistas Preventivos, são técnicos especialistas - normalmente sem treinamento jurídico. São mais úteis em relacionamentos em que padrões técnicos complexos, contábeis, de custo ou de qualidade podem estar em questão.

Os Especialistas Preventivos diferem dos Conselhos de Disputa e dos Neutros Preventivos porque – enquanto estes podem estar "à disposição" – os Especialistas normalmente só são trazidos quando surge uma disputa em torno de uma questão técnica que necessita de parecer formal.

Um bom exemplo de utilização de um Perito Preventivo vem da Microsoft. Quando a Microsoft, pela primeira vez, terceirizou seus serviços de gerenciamento de instalações para a Grubb & Ellis, ela criou um cartão de pontos para medir o desempenho dessa empresa. Uma parte da compensação da Grubb & Ellis foi baseada no desempenho, conforme definido pelo cartão de pontos. Inicialmente, havia uma lacuna significativa na expectativa e no desempenho medidos pela Microsoft versus Grubb & Ellis. Por exemplo, a Microsoft acreditava que a pontuação da empresa em um determinado item era "3", enquanto Grubb & Ellis entendiam seu desempenho como um "5". As partes trouxeram um Perito Preventivo com experiência em gestão de instalações para revisar o desempenho da Grubb & Ellis e ajudar as partes a determinar o nível de desempenho real. A Microsoft então usaria o Perito para calcular os pagamentos de incentivos da Grubb & Ellis. Nos primeiros dois anos, as lacunas de percepção da Microsoft e da Grubb & Ellis no desempenho diminuíram 91,5 por cento, resultando em um alinhamento estreito entre as duas empresas sobre o significado de desempenho.<sup>62</sup>

É possível que o Neutro Preventivo também desempenhe o papel de um Especialista Permanente se qualificado para fazer isso.

## 3. MEDIADOR PREVENTIVO

Se desejado, o Neutro Preventivo pode ser solicitado a ser um mediador, em vez de um examinador de fatos. Embora essa abordagem possa funcionar, também se pode argumentar que a abordagem objetiva de um Neutro baseado em fatos é preferível ao contexto de "barganha" da mediação. No entanto, o conceito de um mediador permanente funcionou para instituições como as Nações Unidas. O Secretário-Geral das Nações Unidas frequentemente atua como um mediador em conflitos. Ouvidores de agências governamentais, de universidades ou de empresas também podem servir como papel de mediador (ou canalizar as disputas para outros mediadores) e podem se mover para intervir rapidamente antes que o conflito se agrave. A Coreia do Sul, por exemplo, criou uma ouvidoria em sua agência de promoção de investimentos que responde diretamente ao primeiro-ministro. O objetivo é ajudar os investidores estrangeiros a navegar por quaisquer questões que possam surgir ao se fazer negócios na Coreia.



#### 4. ÁRBITRO PREVENTIVO

Alguns contratos de trabalho, particularmente em indústrias de aço básico, têm empregado árbitros, ou árbitros contínuos, às vezes conhecidos como árbitros “permanentes”. Aqui, ao Neutro é dado o poder de proferir decisões vinculativas, agindo assim, efetivamente, como um árbitro.

A maioria dos ajustes com Árbitro Preventivo usa o árbitro com a mesma capacidade do processo “quase judicial” de muitos árbitros *ad-hoc*. Mas alguns são encorajados a também atuar como mediadores antes da arbitragem (preferência dos autores). Por exemplo, alguns têm expectativas de que o Neutro aplicará uma visão mais ampla para ajudar as partes a evitar casos repetitivos.

A Toyota Motor Sales, dos EUA, e seus revendedores fornecem um bom exemplo de Árbitro Preventivo. Usam o Private Adjudication Center Inc. para administrar um programa de resolução de conflitos de forma rápida e econômica. O programa - que consiste em nove neutros distribuídos geograficamente nos Estados Unidos - estão de plantão para resolver divergências entre a Toyota e seus revendedores nas regiões de operação. No programa, se um revendedor não concordar com a Toyota Motor Sales sobre os créditos de vendas, ele tem sete dias para trabalhar com seu escritório regional a fim de resolver o desacordo. Se falharem para obter um acordo, o escritório regional encaminha informações básicas sobre o desacordo no oitavo dia de calendário, desencadeando o envolvimento do Neutro responsável. O processo é informal e barato; as partes em disputa podem participar de uma audiência de arbitragem presencial, por teleconferência ou por apresentação de documentos com a maioria participando por teleconferência, eliminando despesas com viagens. Cada lado apresenta seu caso dentro de um período de meia hora, e tanto o árbitro neutro quanto as partes podem fazer perguntas. O árbitro tem uma semana para emitir seu parecer. Os advogados não podem ajudar as partes em audiências, e a decisão do árbitro é vinculativa para a Toyota Motor Sales, mas não para o concessionários.<sup>63</sup>

Quando o Neutro Preventivo recebe autoridade como árbitro - o que normalmente envolve tomar uma decisão vinculativa - pode-se elevar o nível de adversidade da relação e se encorajar a participação ativa de advogados adversariais. No exemplo da Toyota, essa preocupação é mitigada porque os advogados não estão presentes - e apenas a Toyota Motor Sales está vinculada à decisão (não os concessionários - que são vistos como a parte mais fraca). Dando mais controle para a parte mais fraca (concessionário), está se construindo a confiança nos concessionários de que o processo é justo.

#### 5. FACILITADOR DE PARCERIA – ARQUITETO DE NEGÓCIOS

Organizações envolvidas em relacionamentos altamente complexos e estratégicos (por exemplo, relacionamentos terceirizados), nos quais pode haver o risco de se criar um contrato com interesses desalinhados ou incentivos perversos, estão recorrendo aos Neutros Preventivos e a outras partes neutras para ajudar a criar seu contrato. A Universidade do Tennessee fez um trabalho significativo para treinar Neutros por meio de seu programa Certified Deal Architect (CDA), Arquiteto de Negócios Certificado, desde 2011.<sup>64</sup> O papel do Arquiteto de Negócios Certificado visa facilitar objetivamente as partes na elaboração de um contrato de terceirização de “ganha-ganha”, atendendo melhor as necessidades de ambas as partes.

Um bom exemplo de uma empresa que usa uma parte neutra como *coach* durante a contratação e o processo inicial de transição de um grande negócio de terceirização é a



sueca Telcom Telia.<sup>65</sup> Telia usou a metodologia UT Vested® para cinco de suas terceirizações mais complexas, envolvendo um Arquiteto de Negócios Certificado na Cirio (um escritório de advocacia sueco). O custo foi dividido uniformemente entre a Telia e os provedores de serviço.

Quando a Telia decidiu fazer um acordo com a Veolia para gerenciamento de instalações em mais de 16.000 sites da rede, a complexidade do negócio os levou a expandir o papel da parte neutra, incluindo não apenas um Arquiteto de Negócios Certificado do escritório de advocacia Cirio, mas também neutros da EY Ernst Young Consultoria para fornecer serviços de suporte em uma função abrangente de gerenciamento de projetos que serviria a ambas as partes. Juntos, o escritório de advocacia Cirio e os consultores de gestão da EY, desempenharam o papel de um “coach” neutro desde o conceito até a criação do contrato real. Andreas Sahlen, chefe de gestão e direito imobiliário da Telia, comentou sobre a eficácia do uso de um Neutro Permanente durante a fase de desenvolvimento de um contrato complexo. “Desempenhar o papel de facilitador neutro foi um parte fundamental da função dos CDAs. Foi uma boa forma de construir confiança e estimular a inovação.”

Ingrid Wallgren, da Telia (líder de compras no negócio), observou: “A parte realmente boa foi que nosso grupo neutro do CDA *não estava sentado de um lado, mas estava em ambos os lados: dos fornecedores e dos compradores. Então, eles foram realmente bons em lidar com o papel de facilitador, e não apenas em assumir alguma das perspectivas nas diferentes discussões que tivemos. Eles conseguiram conduzir as discussões de ambos os lados muito bem. E isso foi bom para nós.*”

## OUTROS EXEMPLOS INOVADORES

Embora os exemplos acima representem as abordagens mais comuns, existem muitos outros exemplos inovadores de como as organizações estão usando efetivamente os Neutros Permanentes na prática.

### 6. EXEMPLO DE CONTRATO DE LICENCIAMENTO E MARCA

Este exemplo envolve duas partes envolvidas em acordo de longo prazo de licenciamento e marca. O exemplo mostra como duas partes incorporaram um Neutro Preventivo desde a assinatura da pré-contratação até a resolução formal da disputa.<sup>66</sup>

Nesse exemplo, as partes contrataram um advogado conhecedor de Propriedade Intelectual como seu Neutro Preventivo, para dar suporte ao pré e ao pós-contrato (uma verificação de inexistência de conflito de interesses é realizada antes de envolver formalmente o advogado). No pré-contrato, o Neutro Preventivo foi chamado para revisar a linguagem geral do contrato referente à PI entre as partes, para garantir que alocaram riscos de forma realista. O Neutro Preventivo também foi convidado a ajudar as partes a incorporar mecanismos de governança no contrato, delineando um processo formal para gestão de questões e preocupações, com o objetivo de prevenir disputas. Com a ajuda do Neutro, as partes concordaram com uma estrutura de governança formal clara e oportuna no caminho para gerenciar conflitos. Por exemplo, havia definições formais do que um problema, uma preocupação e uma disputa significam e de como um desacordo fluiria em cada etapa.

Como parte do processo, as partes incorporaram um processo de negociação por etapas para facilitar a resolução oportuna de problemas no nível mais baixo possível, com



protocolos de como e quando um conflito seria escalado para o próximo nível (por exemplo, passando de uma questão para se preocupar ou de uma preocupação com uma disputa). Cada etapa tinha um prazo determinado para encorajar uma resolução oportuna.

Se os mecanismos de governança das partes não conseguiam resolver um desacordo, então concordavam que o Neutro Preventivo atuaria como mediador e árbitro, conforme necessário. Primeiro, o Neutro Preventivo atuaria como um mediador. Se as partes não pudessem chegar a uma solução após um prazo definido, o Neutro Preventivo recebia autoridade como árbitro para tomar uma decisão vinculativa. O Neutro também foi autorizado a promover alterações na linguagem do contrato, se necessário.

O custo do Neutro Preventivo foi dividido igualmente. As partes nunca tiveram de enfrentar um problema escalar, ou mesmo o Neutro Preventivo teve de ser chamado pelas partes para fornecer uma decisão ou para participar de qualquer revisão do contrato.

## 7. EXEMPLO DE CONTRATO DE FRANQUIA

Em um sistema de franquia, os interesses do franqueador e de seus franqueados devem estar alinhados para que o sistema de franquia seja eficaz. O conceito de um Neutro Preventivo foi adotado com sucesso para lidar com o atrito em sistemas de franquia sob o prazo de um “Comitê de Sábios”, conforme mostrado neste exemplo de franquia canadense.

Um Comitê de Sábios é um comitê permanente (ao invés de *ad-hoc*), cujos membros são indivíduos que:

- Têm alta credibilidade dentro da rede de franquia (é por isso que são chamados “Sábios”);
- Estão muito familiarizados com a rede de franquias e podem, portanto, reconhecer onde os melhores interesses estão centrados;
- Não estão ativamente envolvidos na rede;
- Não têm interesse pessoal nas decisões e ações do franqueador ou franqueados, na substância ou nos resultados de suas recomendações, exceto com o único objetivo de ver o sucesso da rede em adesão contínua à sua missão e a seus valores.

Na maioria das vezes, os membros de um Comitê de Sábios são ex-franqueados que alcançaram sucesso, ex-executivos do franqueador que ganharam considerável credibilidade entre os franqueados e com o franqueador e/ou indivíduos experientes que estão, ou estiveram, próximos da rede de franquias.

Os membros do Comitê de Sábios são nomeados por decisão conjunta do franqueador e de seus franqueados (e não apenas pelo franqueador). Os franqueados devem reconhecer que os indivíduos nomeados para o comitê não são dependentes do franqueador e não têm nada a ganhar favorecendo o franqueador ou qualquer outro membro do rede. Um Comitê de Sábios credíveis e ativos representa a consciência coletiva da rede de franquia, reforçando sua missão, seus valores e seus interesses em comum. Trata-se, portanto, de um mecanismo que, quando bem organizado, possibilitará oportunidades muito úteis, em particular para resolver problemas, diferenças e divergências dentro da rede.



A principal função de um Comitê de Sábios é fornecer, em um curto espaço de tempo, a opinião de indivíduos reconhecidos como "sábios" e "neutros" para todos os membros da rede de franquia (executivos do franqueador, franqueados, parceiros imediatos, etc.), em qualquer decisão ou ação (seja por um ou mais franqueados ou pelo franqueador) que:

- Crie um problema;
- Pareça violar o "contrato relacional" entre o franqueador e seus franqueados, ou a missão e os valores da rede de franquias;
- Não pareça ser do interesse principal da rede de franquias como um todo.

Um franqueador, ou um ou mais franqueados, pode enviar qualquer disputa que surja dentro da rede de franquias que as partes não conseguem resolver sozinhas. Os Sábios do Comitê fazem recomendações sobre as vias razoáveis para encontrar uma resolução no melhores interesses da rede. O resultado das deliberações de um Comitê de Sábios quase sempre assume a forma de recomendações em vez de decisões. Contudo, porque essas recomendações são normalmente comunicadas a todos os franqueados e para o franqueador, elas têm peso definido dentro da rede. Se os membros do Comitê também têm influência sobre as partes em uma disputa (de sua experiência e/ou reputação dentro da rede), também podem atuar como conciliadores para facilitar uma disputa e um acordo mutuamente aceitável.

Mesmo quando nenhuma situação específica é submetida ao Comitê de Sábios, o grupo se reúne regularmente para se manter atualizado sobre os desenvolvimentos dentro da rede de franquia e sobre as oportunidades, as questões e os desafios que surgem ao longo do caminho. O Comitê estará, assim, preparado para agir rapidamente, quando necessário, e suas recomendações serão mais adequadas e relevantes.

A experiência dos membros do comitê e o fato de que eles não têm interesse no resultado significa que eles trazem uma perspectiva diferente e, muitas vezes, podem ver a floresta em vez de apenas as árvores. Eles geralmente estão em uma posição melhor para ver as consequências de longo prazo de uma disputa para a rede e para recomendar novas opções para resolvê-la.

### 8. EXEMPLO DE CONTRATAÇÃO DE TERCEIRIZAÇÃO

Acordos de terceirização - especialmente aqueles que são complexos e integrados por natureza - são bons candidatos para um Neutro Preventivo. Este exemplo é de uma única fonte, um contrato de terceirização estratégica de gerenciamento de instalações, abrangendo cerca de 70 instalações de gerenciamento de serviços em quase 200 ativos.<sup>67</sup> A organização compradora inicialmente contratou SIREAS, LLC, uma empresa de consultoria imobiliária global, a fim de fornecer consultoria para o processo de licitação e ajudá-los a selecionar um fornecedor, objetivando consolidar os serviços de mais de 200 fornecedores, por meio do design da solução, da seleção de parceiros e da negociação de contratos e execução até a transição.

A SIREAS foi inicialmente contratada para representar a organização compradora durante o processo de licitação. No entanto, através do processo, o fornecedor encontrou valor com a experiência da SIREAS e a integridade com que esta entendeu a intenção do relacionamento. Ambas as partes concordaram em ter a SIREAS atuando como um Neutro Preventivo durante a fase de transição, com a divisão de custos 50/50.

O valor de usar um Neutro Preventivo forneceu um retorno quase imediato sobre o investimento (ROI) \*, à medida que as partes resolviam os problemas comuns de



transição de maneira justa e rápida. Por exemplo, no primeiro trimestre, tornou-se aparente que um desempenho-chave particular, indicador (KPI) \* delineado no contrato, estava levando a comportamentos inadequados de ambos os lados da mesa. Grandes mudanças organizacionais pelo cliente introduziram novos jogadores que vieram de diferentes organizações e não estavam familiarizados com a "intenção" do negócio e, mais particularmente, com a razão por trás do KPI específico. Independentemente, cada parte iniciou conversas com o Neutro Preventivo para expressar preocupação (por diferentes razões) sobre o que estava acontecendo com o KPI, sobre o impacto que estava tendo no desempenho e sobre a remuneração do fornecedor. Após coletar as informações relevantes, SIREAS trouxe ambas as partes à mesa e facilitou uma discussão. As equipes foram lembradas da intenção original do KPI. Eles foram informados sobre os desafios que cada lado estava enfrentando e sobre os comportamentos que ocorriam conforme cada lado tentava resolver suas preocupações de forma independente. Dentro de um curto prazo, as partes concordaram com a recomendação do SIREAS de suspender o KPI até que os desafios com a coleta de dados e os relatórios pudessem ser resolvidos. As sessões de treinamento foram entregues aos novos jogadores para reforçar a intenção do negócio, delinear os resultados desejados, abordar o comportamento adequado de gerenciamento de fornecedores /clientes e definir o plano de ação apropriado para substituir o KPI. O que normalmente teria sido um ciclo negativo foi resolvido de forma equitativa e amigável, atendendo às necessidades de cada parte.

O sucesso de usar um Neutro Preventivo durante a fase de transição levou as empresas a expandirem o uso do Neutro Preventivo por toda a duração do contrato (cinco anos com várias opções de prorrogação). Ambas as partes sentiram que isso fazia sentido quando eram considerados a complexidade e o valor em dólares do negócio. Como tal, o papel do Neutro Preventivo foi permanentemente incorporado à estrutura de governança formal e ao escalonamento de processos para fornecer aconselhamento e orientação contínua em relação à eficácia das estratégias de medição de desempenho, de gestão da plataforma de governança e de treinamento de integração para novos gestores ingressarem no relacionamento de qualquer uma das partes.

## 9. EXEMPLO DE DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO

O próximo exemplo envolve um incorporador imobiliário e uma rede de hotéis.<sup>68</sup> O incorporador iria projetar e construir um novo experimento entre um hotel de luxo e condomínios. A rede de hotéis seria a proprietária e operaria o hotel, assim que o projeto fosse concluído.<sup>69</sup> As partes usaram dois tipos especialmente projetados de Neutros Preventivos para lidar com diferentes aspectos do relacionamento, que previam o emprego de vários recursos de ADR em "tempo real", incluindo arbitragem de "futebol" vinculativa.

O desenvolvedor queria garantir todo o seu financiamento e iniciar a construção do projeto. Os prédios que abrigariam as porções residenciais e de varejo do complexo tinham sido projetados, mas, infelizmente, dois elementos de assinatura que marcariam e seriam necessários para o complexo – um hotel de luxo e condomínios associados - ainda não tinham sido projetados. O custo e o tempo de conclusão de cada elemento do projeto teve de ser especificado antes de se fechar o financiamento de todo o projeto. O acordo era essencial, tanto para o desenvolvedor quanto para a rede de hotéis, por dois motivos: 1) para especificar uma data definitiva de conclusão do hotel e dos condomínios;



e, 2) para se certificar de que qualquer detalhe não resolvido de design ou de construção resultaria em atraso ao projeto.

O desenvolvedor e a rede de hotéis usaram uma abordagem criativa para implantar dois Neutros Preventivos a fim de fazer cumprir o que era essencialmente um "acordo para concordar", e para certificar-se de que nenhuma disputa atrasaria a data de entrega ou interromperia o projeto. O primeiro Neutro Preventivo foi designado como o "Árbitro do Condomínio", e o segundo, como o "Árbitro de Desenvolvimento". Esses neutros preventivos serviram de forma semelhante, mas em diferentes funções. No entanto, em ambos os casos, o Neutro Preventivo foi habilitado como uma espécie de "Árbitro Permanente" para garantir a resolução oportuna de quaisquer questões.

O Árbitro do Condomínio se certificou de que as partes negociariam e registrariam uma Convenção de Condomínio para definir a parte do condomínio no projeto geral, de modo que as vendas antecipadas pudessem ocorrer (elemento essencial no fluxo de caixa para financiamento do projeto). As partes escolheram um Neutro Preventivo que era professor de Direito especialista em direito condominial. As partes concordaram que, se discordassem sobre qualquer um dos termos e condições da Convenção, eles apresentariam suas respectivas posições e propostas ao Árbitro do Condomínio, que, prontamente, tomaria uma decisão vinculativa sobre qual linguagem das partes seria usada. O Neutro Preventivo serviu até que as partes concluíssem as negociações e decidissem sobre a Declaração do Condomínio.

As partes negociaram com sucesso a Convenção de Condomínio em tempo hábil e sem disputas, e o Árbitro do Condomínio foi dispensado.

O objetivo de ter o Árbitro de Desenvolvimento era garantir que nenhum problema não resolvido com disputas pudesse interferir no cumprimento da data crítica de entrega do projeto. Para o papel de Árbitro de Desenvolvimento, as partes escolheram um advogado especializado, familiarizado com os tipos de design e construção envolvidos no projeto do hotel, que também fosse especialista em sistemas de prevenção e resolução de conflitos. O Árbitro de Desenvolvimento auxiliou na redação da linguagem contratual e serviu durante toda a duração do projeto.

A parte do contrato do Árbitro de Desenvolvimento exigia que, se as partes discordassem sobre qualquer elemento de design ou construção do hotel, eles chamariam imediatamente o Árbitro de Desenvolvimento. O Árbitro de Desenvolvimento se reuniria com as partes dentro de cinco dias, em uma curta sessão de mediação para ver se o desacordo poderia ser resolvido em tempo real. Se uma resolução em tempo real não acontecesse, o Árbitro agendava uma audiência a ser realizada no prazo de 21 dias, na qual as partes apresentavam provas que davam suporte às suas respectivas posições. O Árbitro então teria dois dias para dar uma decisão final e vinculativa, não passível de recurso. A velocidade do processo de arbitragem foi aprimorada pela exigência de que as partes apresentassem a disputa ao Árbitro de Desenvolvimento em um formato de "arbitragem de futebol" ou "oferta final", exigindo assim uma decisão "para cima ou para baixo" sobre a questão em disputa: "Qual parte é a correta - o desenvolvedor ou a rede de hotéis?" O processo garantiu que nenhuma disputa pudesse ficar sem solução por mais de 27 dias.

Uma parte fundamental do processo foi manter o Árbitro de Desenvolvimento informado durante o todo o processo, garantindo uma ação imediata, se necessário. Para fazer isso, as partes abasteciam o Árbitro de Desenvolvimento com relatórios mensais e com acesso



ao projeto através de webcam. Durante os dois anos e meio até a conclusão do projeto e a construção do prédio, o Árbitro de Desenvolvimento esteve de plantão em caso de disputa.

Os resultados foram espetaculares, sem disputas para o Árbitro de Desenvolvimento resolver através do processo de arbitragem formal que as partes haviam definido. Ao longo do projeto, o cronograma de obra foi mantido. Embora as partes ocasionalmente discordassem, resolveram todos os problemas sozinhos porque o processo os ajudou a permanecer no caminho certo.

Incorporar Neutros ajudou as partes a concluírem um projeto altamente complexo e com altos riscos dentro do orçamento e antes do prazo. Uma vez que nenhuma disputa teve de ser encaminhada formalmente para nenhum dos Neutros Preventivos, o custo dos dois processos de Neutros Preventivos, dentro do contexto de um projeto de grandes proporções, foi inferior a 0,001% dos custos totais.

## 10. CONTRATO DE TRABALHO

A Vancouver Island Health Authority (Island Health) e o estudo de caso dos Hospitalistas mostram como duas partes podem alavancar um Neutro Preventivo como um arquiteto de negócios para ajudá-los a desenvolver um contrato de trabalho.<sup>70</sup> Entre 2000 e 2014, Island Health e os Hospitalistas haviam passado por negociações contratuais contenciosas quatro vezes. Quando seu quarto contrato expirou, em 30 de junho de 2014, nenhum dos lados estava otimista sobre como as negociações iriam continuar. Uma manchete do jornal Times Colonist, de abril de 2015, resumia a situação com o título: “Um ano depois, nenhum sinal de acordo para os Hospitalistas de Greater Victoria ”

As partes reconheceram a necessidade crítica de construir um novo relacionamento e de realizar mudanças pessoais, no outono de 2015, para colocar o relacionamento de volta aos trilhos. Mas a relação estava tão quebrada que as negociações do contrato pararam; nenhum dos lados sabia como proceder. Simplesmente, ambos as partes estavam presas.

Desse modo, ambas concordaram em enviar líderes-chave e partes interessadas, incluindo 12 administradores do Island Health e nove hospitalistas, para um "Workshop de alinhamento" de três dias em 30 de maio de 2016, facilitado por um Neutro Preventivo do Grupo Forefront (um centro de excelência no conceito Vested). As partes passaram a usar a metodologia Vested para co-criar um acordo de “ganha-ganha”. Algo que nenhuma das partes pensou ser possível antes era fazer uso do apoio de um Neutro Preventivo. Os participantes do processo comentaram sobre a eficácia do processo em um bem documentado estudo de caso apresentado posteriormente na Harvard Business Review.<sup>71 72</sup>

§ Consulte o Apêndice 1 para uma visão geral dos vários tipos de métodos de ADR, incluindo arbitragem de futebol.

- Dr. Smith: “Eu acho que não teria havido 'vencedores' ”. O seu conselho para outros na mesma situação? “Não havia como criar esses relacionamentos - a confiança e a comunicação-, sem um terceiro com experiência significativa entrando e ajudando. O processo Vested nos ensinou que não é uma questão de ganhar ou perder, mas sim uma questão de trabalharmos juntos. Conversar com o outro lado e desenvolver relacionamentos e compreensão mútuos é crítico. O



processo Vested é um grande catalisador para criar isso, e nós não seríamos capazes de fazê-lo por conta própria.”

- Janet Grove (assessora jurídica da Island Health): “A vantagem é que se cria um ambiente mais seguro do que na arbitragem ou em um processo judicial. Também existe um elemento de neutralidade que é muito útil porque o facilitador pode dar um corte quando as pessoas estão assumindo posições ridículas, extremas ou infundadas, ou ainda, não estão seguindo os princípios orientadores com os quais concordaram.”
- Dr. Slobodian: endossa o "papel crítico desempenhado por um terceiro externo, que faz uma abordagem completamente diferente para negociações de contratos tradicionais em torno de uma situação que parecia, na época, irreparável.”
- Dr. Jean Maskey: “Nossa jornada VESTED foi um conto de fadas quando você pensa a respeito.”

As descrições antes e depois da relação são nada menos que transformacionais - com uma mudança de 84,5% de palavras negativas para 86,2% de positivas em pouco mais de dois anos.

Wordle Antes de Vested (maio de 2016)

Wordle após Vested (maio de 2018)



Nuvem de palavras

### 11. EXEMPLO DE ONG – ORGANIZAÇÃO NÃO GOVERNAMENTAL SEM FINS LUCRATIVOS

O último exemplo é da Emmaus International.<sup>73 74</sup> A Emmaus International é uma organização sem fins lucrativos de base solidária que atua contra a pobreza e a exclusão. Reúne 350 associações em 37 países, espalhados por quatro continentes. Todos os membros da organização compartilham o mesmo objetivo: agir contra as causas da pobreza e como veículos para a transformação.

A Emmaus International usa um Comitê de Sábios para:

- Certificar-se de que os órgãos da Emmaus International permaneçam fiéis ao verdadeiro espírito dos fundadores da organização;
- Elaborar pareceres e propostas para a resolução de disputas entre as organizações regionais, entre uma ou várias organizações nacionais e regionais e o Conselho e de disputas dentro de organizações nacionais ou regionais.



O conceito de Comitê de Sábios está formalmente incorporado na carta constitucional da organização. O seu Artigo 51 afirma que “A Assembleia Geral elege, para um mandato que vai até a próxima reunião, um Comitê de Sábios composto de um membro por Região. Os membros são pessoas físicas que não pertencem ao Conselho.” Qualquer grupo de membros do Emmaus International pode apresentar candidatos.

O Comitê de Sábios é convocado por seu presidente, que define a agenda com pelo menos um mês de antecedência. O Comitê exerce suas funções de forma independente do Conselho ou do Comitê Executivo. Deve apresentar suas recomendações e opiniões justificadas por escrito ao Conselho e pode, a pedido do Conselho, fazer apresentações orais.

O Comitê de Sábios pode ter um caso apresentado tanto pelo Conselho, pelo Comitê Executivo, quanto por uma organização regional ou nacional. O envio deve ser feito por escrito, com as partes interessadas copiadas, e deve detalhar as iniciativas já empreendidas sem sucesso pelas diferentes partes. Assim que o Comitê tiver recebido um caso, envia uma confirmação oficial de recebimento à parte solicitante. O Comitê dos Sábios pode solicitar toda a papelada necessária para ajudar a formar uma recomendação. Todos os membros da Emmaus International têm o dever de prestar assistência quando chamados para isso. A partir daí, o Comitê deve emitir seus pareceres e/ou recomendações dentro de cinco meses.

A decisão do Comitê é baseada na maioria de seus membros, sendo que o presidente do comissão tem voto de qualidade em caso de empate. No caso de uma opinião sobre objetivos e metas, a submissão dirigida ao Comitê de Sábios deve ser justificada por uma referência explícita por escrito.

## 12. DIRETOR EXTERNO

Os Neutros Preventivos também podem ajudar com problemas de governança corporativa. Um exemplo de tal pessoa pode ser o reitor ou um membro experiente do corpo docente de uma escola de negócios local que atua como um diretor externo. O diretor externo deve receber uma remuneração de diretor, a partir dos principais relatórios de gestão fornecidos a outros diretores, e é esperado que ele compareça a todas as reuniões do conselho, faça perguntas, participe de discussões e obtenha uma boa perspectiva sobre os negócios da empresa. No entanto, o diretor externo tem voto apenas no caso de um desacordo entre os diretores "internos", caso em que os diretores externos têm voto de qualidade.

Uma boa aplicação do uso de um diretor externo como um Neutro Preventivo é quando, por exemplo, o estoque de uma empresa é igualmente dividido entre dois sócios. Nesse caso, um diretor externo pode atuar como um Neutro Preventivo para resolver impasses entre as partes. O Neutro Preventivo também pode ser empregado na elaboração do estatuto corporativo e dos regulamentos no sentido de evitar, por exemplo, uma paralisação por futuro *deadlock*.

Outra aplicação ocorre quando metade dos acionistas está envolvida na gestão e os outros acionistas não. Nessa situação, a empresa poderia estabelecer um Conselho de cinco pessoas, Diretores, em que dois dos quais representam os "internos" uniformemente e três dos quais são conselheiros independentes "externos" altamente respeitados. Todos funcionam como um Conselho real, e cada diretor tem um voto. A vantagem deste arranjo é que, quando dois diretores internos discordam, são necessários os votos de pelo menos dois dos três diretores externos para se alcançar uma decisão.



Um terceiro exemplo é de uma empresa onde há dois acionistas com uma grande disparidade de interesses de propriedade, e há uma preocupação de que o acionista majoritário possa tentar atropelar o acionista minoritário, causando prejuízo à empresa. Neste caso, o estatuto poderia prever um conselho de diretores composto por cinco pessoas, dois dos quais são nomeados pelo acionista majoritário, um dos quais indicado pelo acionista minoritário e mais dois “Diretores externos”, que são conjuntamente indicados por ambos os acionistas. Sob este sistema, se ocorrer algum desacordo, a maioria precisa do voto de apenas um conselheiro independente, enquanto a minoria precisa do voto de ambos os diretores independentes. Este processo funciona bem porque o(s) diretor(es) externo(s) independente(s) pode(m) controlar o resultado, criando um incentivo para todos os diretores exercitarem o bom senso e agindo razoavelmente para o melhor interesse da empresa.<sup>75</sup>



## PARTE 5: CUSTOS / BENEFÍCIOS DO USO DE UM NEUTRO FIXO

Como Louis M. Brown - conhecido como o pai do direito preventivo - observou com propriedade: *“Geralmente custa menos evitar problemas do que pagar para sair deles.”*<sup>76</sup>

A Seção 4 chega ao cerne do conselho de Brown, focando nos custos e benefícios do uso de um Neutro Preventivo.

### UMA ANÁLISE APROFUNDADA DO DIFÍCIL CUSTO DAS DISPUTAS

Embora você possa nunca terminar em uma disputa formal, se o fizer, provavelmente será caro. Quão podem ser caras as disputas? A professora Gillian Hadfield compilou alguns dos melhores dados e estimativas sobre o custo de disputas em seu livro *Rules for the Flat World*.<sup>77 78</sup> Abaixo estão alguns destaques:

- Estudo 2013 do Centro Nacional de Justiça Estadual (ações trabalhistas) - o custo médio de um processo trabalhista é de U\$ 90.000<sup>79</sup>
- Lei de Propriedade Intelectual Americana de 2012 (processos de patentes de PI - custo combinado das partes)
  - U\$ 700.000 para casos inferiores a \$ 1 milhão
  - U\$ 6 milhões para casos entre U\$ 1 milhão e U\$ 25 milhões
  - U\$ 11 milhões para casos de valor superior a \$ 25 milhões
- Estudo de Kip Viscusi, da Universidade Vanderbilt (lesão corporal): 75% dos custos vão para honorários advocatícios e custas

Hadfield cita as altas taxas horárias dos advogados como apenas um fator que torna o sistema caro; o tempo para trabalhar com os processos jurídicos e os custos associados ao processo de “instrução de provas” também são um fardo significativo.

Vejamos primeiro o tempo envolvido. De acordo com dados do Projeto Empresarial Doing Business, do Banco Mundial, o tempo necessário para fazer cumprir um contrato (a partir do momento em que o requerente o processa até que o pagamento seja feito) varia em cerca de cinco meses em Cingapura e em cerca de sete na Nova Zelândia (melhores casos) a mais de quatro anos na Guatemala, Afeganistão e Suriname (piores casos).<sup>80</sup>

Um segundo fator de custo inclui o processo de “instrução” - mais comumente usado nos Estados Unidos. Hadfield aponta vários estudos que quantificam o alto custo da instrução dos processos, mas um que se destaca é uma estimativa fornecida pela Microsoft, em uma carta de 2011, a uma comissão judicial federal que investiga os custos da prova, declarando que, para cada página de provas usada em um caso médio, a empresa havia produzido 1.000 páginas, manualmente revisadas 4.500 páginas, coletadas e processadas 90.000 páginas e preservadas 340.000.

Embora o litígio seja caro, a International Association for Contract and Commercial Management relata que muito poucos contratos realmente vão a julgamento. A pesquisa de Iva Bozovic e Gillian Hadfield mostra que profissionais contratantes relatam que *“é de conhecimento comum que o litígio é quase sempre uma ameaça vazia; fora das configurações do tipo aposte da empresa, custa muito em honorários advocatícios e danos à reputação, demora muito e/ou a demora é imprevisível.”*<sup>81</sup>

Pesquisas mostram que o uso de técnicas de ADR reduz os custos associados ao gerenciamento e à resolução de disputas. Muitos estudos exploraram a eficácia da ADR





- Abril de 2014 - novembro de 2014: o assunto continua a ser discutido em reuniões mensais, sem resolução; partes sugerem que o problema seja tratado por meio de um processo formal de negociação como parte da renovação do contrato.
- Novembro de 2014: Município e Sindicato iniciam negociações formais de contrato.
- Julho de 2015: após negociações fracassadas, o Município traz um especialista sindical como consultor para facilitar as discussões com o Sindicato.
- Agosto de 2015: O Sindicato dos Bombeiros traz um consultor especialista para ajudá-lo a determinar como vão negociar.
- Outubro de 2015: o Município dispensou o especialista em razão de não haver nenhum progresso.
- Novembro de 2015: Consultor especialista do Sindicato dos Bombeiros sugere mediação, citando que as partes estão “muito distantes”.
- Novembro de 2015: o Município e o sindicato contratam um advogado externo cada um para representá-los na mediação.
- Janeiro de 2016: O Sindicato dos Bombeiros demite seu consultor especialista (não pode pagar o consultor e um advogado).
- Fevereiro de 2016: início da mediação.
- Novembro de 2016: o mediador sugere arbitragem após falha na mediação.
- Janeiro de 2017: mesmo descontentes, as partes assinam acordo porque nenhuma delas gosta da ideia de ir à arbitragem.
- De janeiro de 2017 até o presente: Sindicato dos Bombeiros mantém seu advogado, citando a falta de confiança na relação com o município.

Todo o processo de resolução demorou 44 meses e não foi resolvido!

Nossa experiência mostra que é muito fácil para processos como este entre o Município e o Sindicato dos Bombeiros serem sugados por um ciclo “olho por olho” negativo, que gira fora de controle, adicionando vários custos e tempo ao longo do prolongado ciclo de resolução de conflitos. Esses custos incluem não só custos diretos com advogados, contadores e consultores de riscos, mas também custos ocultos envolvendo ineficiências, atrasos, perda de qualidade e custos indiretos, como os salários do pessoal da empresa.

Vamos rever o caso do Município e os Sindicato dos Bombeiros. Ambas as partes tiveram custos tangíveis associados com consultores especializados (em cada lado) e advogado externo (em cada lado). Além desses custos, o Município e o Sindicato dos Bombeiros perderam mão de obra durante o longo e árduo processo, com gasto de incontáveis horas em negociações de contratos, em vez de realizar tarefas relacionadas aos seus trabalhos. Além disso, o Município arcou com altos custos associados ao pagamento de horas extras aos bombeiros devido ao longo do período em que foram retirados do serviço durante os dias de negociação de contratos.

Um dos custos ocultos mais significativos é aquele associado à perda de confiança em um negócio de relacionamento valioso, na medida em que as partes ficam tensas por causa de um resultado não resolvido. Esses custos somam o que o Prêmio Nobel Oliver Williamson chama de “economia dos custos de transação”.<sup>86</sup>



## EVIDÊNCIA EMPÍRICA DOS BENEFÍCIOS DE UTILIZAÇÃO DE UM NEUTRO PREVENTIVO

Então, existem realmente benefícios em se usar um Neutro Preventivo? A resposta é um inequívoco SIM.

Desde que o primeiro Dispute Review Board (o exemplo clássico de um Neutro Preventivo) foi criado, em 1975, milhares de projetos de construção usaram Neutros Preventivos. Embora a pesquisa seja limitada fora da indústria da construção, a Dispute Review Board Foundation (DRBF) oferece evidências empíricas significativas que apoiam os benefícios do uso de um Neutro Preventivo. O DRBF reúne informações sobre os painéis de disputa desde 1982; seus registros mostram que, em 1996, o processo foi empregado em mais de 2.700 projetos, agregando cerca de US \$ 275 bilhões em custos de construção.<sup>87</sup> Relatórios da Fundação:

- 58% dos projetos que usaram os Conselhos de Revisão de Disputa eram "livres de disputa", ou seja, sem disputas submetidas ao DRB.
- 98,7% das disputas submetidas a um DRB para audiência resultaram na resolução da disputa sem arbitragem ou litígio subsequente.
- Num punhado de casos em que uma parte contestou uma decisão do DRB na arbitragem, ou em litígios, a maioria ou não foi levada a uma conclusão ou falhou.

A pesquisa abrangente de Cheryl Chern levou a um livro, "Chern on Dispute Boards", agora em sua terceira edição. De acordo com Chern, Dispute Boards resolvem mesmo a maioria das disputas extenuantes, sendo resolvidas com uma taxa de sucesso entre 95% a 99% para evitar arbitragens e litígios onerosos.<sup>88</sup>

O processo Neutro Preventivo, embora significativamente mais simplificado e econômico do que a mediação ou a arbitragem, tem custos. Por exemplo, existem custos iniciais envolvidos em seleção, nomeação e instrução do Neutro Preventivo. Os maiores custos são os custos contínuos de manter periodicamente o Neutro informado sobre o relacionamento. No entanto, os custos são relativamente mínimos quando comparados aos custos potenciais de resolução de uma disputa em litígio, arbitragem ou mesmo mediação.

De acordo com os registros do DRBF, Dispute Boards são incrivelmente baratos, embora a maioria seja um conselho de três membros, em vez de um único Neutro. Os custos incluem uma taxa por hora proporcionais à experiência dos Neutros usados, mais reembolso de despesas.

De acordo com dois exemplos citados pela Fundação em seu Manual de 2019, os custos totais para um Dispute Board de três membros pode variar de cerca de 0,01% do custo final do contrato de construção por US \$ 250 milhões de projetos a cerca de 0,24% para um projeto de \$ 600 milhões, dependendo do tamanho, do escopo e da localização do projeto, juntamente com o número e a gravidade das disputas.<sup>89</sup> Em geral, "os custos de transporte de um fórum de discussão são pequenos, geralmente na faixa de 0,05% a 0,15% de custos do projeto. O custo de um Dispute Board vai entregar um retorno positivo sobre o investimento como resultado de prazos de entrega de projetos mais rápidos, a minimização de estouros de custos, a prevenção da maioria das disputas e um custo de resolução muito menor para disputas inevitáveis."<sup>90</sup>

Talvez a maior fonte de economia de custos com o uso de um Neutro Preventivo seja o efeito benéfico colateral de reduzir - e talvez eliminar - disputas. Conforme mostrado na



Parte 2, a simples presença de um terceiro Neutro promove comportamentos de "automonitoramento" que impedem o jogo de disputas que muitas vezes pode espiralar em uma série de reações negativas "olho por olho" que diminuem confiança, como visto no caso da Cidade e dos Bombeiros.

## CUSTO-BENEFÍCIO NÃO RELACIONADO AO USO DE UM NEUTRO PREVENTIVO

As seguintes linhas descrevem muitos dos benefícios de bom senso sem custo com o uso de um Neutro Preventivo e de um Permanente Neutro.

### TEMPO REDUZIDO PARA RESOLVER PROBLEMAS

O bom senso indica que, quanto mais tempo leva para se resolver um desacordo, mais emocionalmente prejudicada uma organização chega à sua "posição". E, quanto mais o problema dura, maiores serão os custos - especialmente para aquelas questões que se transformam em uma disputa formal ou litígio. Como tal, o principal benefício de implantar um Neutro Preventivo é uma significativa redução do tempo para resolver um problema. Como?

O Neutro Preventivo está "à disposição". Ele/ela está integrado à governança contínua do relacionamento. Isso lhes dá uma vantagem sobre um mediador ou um árbitro, que normalmente tem um papel muito desafiador. Quando um mediador ou árbitro é trazido, ele enfrenta uma situação em que as partes podem estar emocionalmente afetadas como resultado de negociações malsucedidas antes de o mediador se envolver. Quando as partes chegam à mediação ou à arbitragem, quase sempre estão arraigadas em suas posições. Na mediação, um dos primeiros objetivos de um mediador deve ser "desenergizar" a situação e focar as partes no problema real e nas soluções reais, não em quem é o culpado. Além disso, um mediador *ad-hoc* não tem histórico com as partes, o que aumenta o custo para chegar à solução com rapidez.

### CLAREZA E ALINHAMENTO APRIMORADOS

Um Neutro Preventivo pode melhorar a clareza e o alinhamento - especialmente quando usado durante a fase pré-contrato de um relacionamento. Vejamos o caso da Telia - a sueca Telcom que usou um Neutro Preventivo para implementar um acordo de terceirização adquirido com seu fornecedor Veolia. O contrato de terceirização era vasto - abrangendo várias instalações e serviços de manutenção em mais de 16.000 locais nos países nórdicos. O Neutro Preventivo ajudou as partes a definir, de maneira justa, o escopo e a linha de base do acordo e, de forma clara, a articular os resultados desejados, os objetivos e as medidas incluídos no contrato real.

Sebastian Hamlund, desenvolvedor de negócios da Veolia, agradeceu a educação e o coaching fornecido por seu arquiteto de negócios Erik Linnarsson, do escritório de advocacia Cirio.

"Erik ajudou Telia e Veolia a definir como vamos nos comportar neste futuro contrato. Isso nos deixou realmente seguros. Começamos a ver como mediríamos o sucesso e como nós, como fornecedores, poderíamos ter sucesso em um modelo adquirido".



Usar um Neutro Preventivo também fornece uma visão objetiva e um coaching com discussões sobre preços. Hamlund credita suas sessões de coaching com Cirio e EY por ajudá-los a mudar a mentalidade.

“O modelo de preços foi onde Telia e Veolia deram o salto de uma abordagem convencional de “preço” transacional para um modelo de precificação com incentivos. A educação era diferente, pois havia muito da velha maneira de fazer as coisas, principalmente em relação aos preços. Cirio e EY foram muito, muito bons em nos ajudar a manter o foco no modo como a Vested faz a torta crescer e compartilhar a mentalidade do bolo quando nos propusemos a criar o modelo de precificação. Normalmente, quando temos um novo contrato, concentramo-nos muito no “como” e no “preço” - tentando traduzir a opinião do cliente, trabalhar em como vamos ganhar dinheiro e o que vamos fazer para compensá-lo se acabarmos perdendo tempo nas negociações de preços. Vested era diferente. Erik nos lembrou de nossos compromissos e de como precisávamos nos comportar, o que nos tornou realmente seguros.”<sup>91</sup>

### COLABORAÇÃO E CONFIANÇA APRIMORADOS

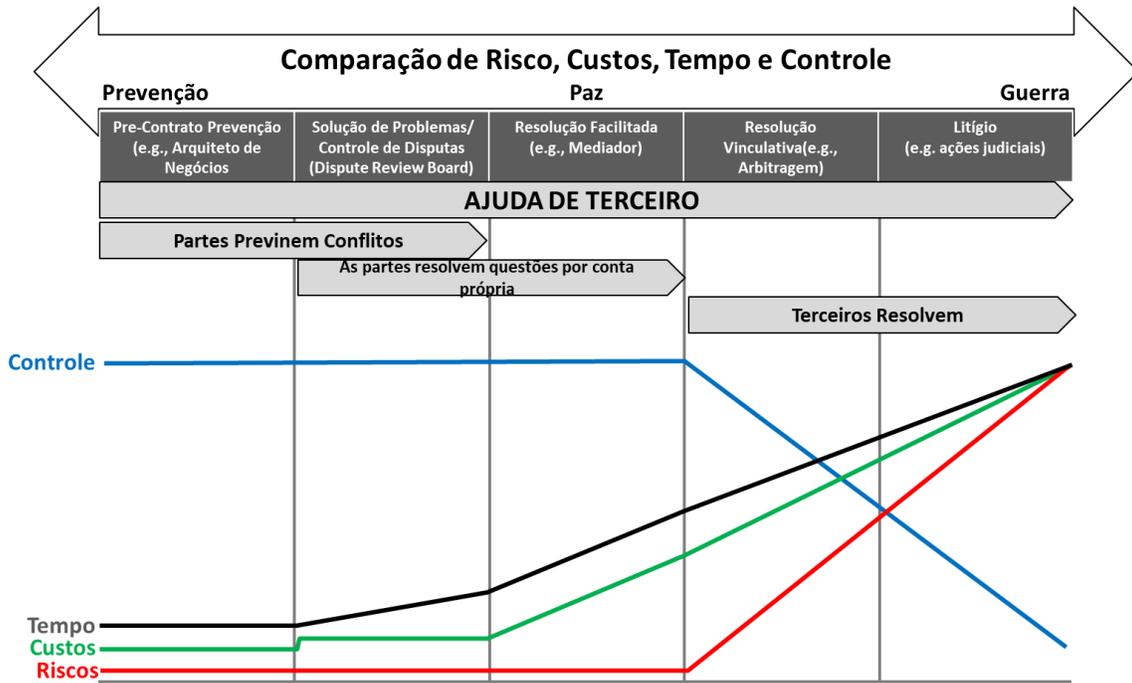
O terceiro benefício é difícil de quantificar: o valor de maior colaboração e confiança devido a comunicações mais proativas e preventivas. Usar um Neutro Preventivo ajuda a preservar relações de cooperação entre as partes contratantes. Um Neutro Preventivo é usado muito cedo, quando as partes estão desalinhadas. A natureza altamente colaborativa permite que as partes possam construir suas próprias soluções para os problemas, fortalecendo seu relacionamento e criando confiança e segurança. Resumindo, ele ajuda a ensinar as organizações a usarem a transparência e a resolução de problemas baseada em fatos versus abordagens de negociação mais convencionais, olhando as diferenças de opinião.

Um caso em questão está no exemplo do Island Health and the Hospitalist, apresentado na Parte 4 - Exemplos em ação. O uso de um Neutro Preventivo aumentou os níveis de confiança entre as partes em mais de 84%. Além disso, ajudou as partes a chegarem ao que a maioria pensava ser impossível - um acordo “ganha-ganha”, especialmente devido ao fato de as partes estarem virtualmente paralisadas em negociações de contratos.

É fundamental destacar também o que foi estabelecido acima: a nomeação do Neutro Preventivo normalmente implica que os custos do(s) Neutro(s) Preventivo(s) sejam divididos igualmente entre as partes, de modo que cada parte invista igualmente no relacionamento, assim aumentando a confiança no(s) Neutro(s).

### RESOLUÇÃO DE DISPUTAS CONTÍNUA: COMPARAÇÃO DE CUSTO, RISCO, CONTROLE, TEMPO

A Figura 1 (ver Parte 4) apresenta exemplos de como as partes contratantes estão usando diferentes tipos de Neutros Preventivos de forma contínua, que varia de natureza preventiva a um processo mais formal e vinculativo. Na Figura 3(abaixo), expandimos a noção de contínuo, mostrando como o custo, o risco, o tempo e o controle de uma disputa aumentam ao longo do processo. Cada um é discutido em mais detalhes abaixo, mostrando como uma ênfase em prevenção e em resolução precoce facilitada pode gerar benefícios significativos.



**CONTROLE E RISCO** - A arbitragem é frequentemente caracterizada como um tipo de disputa "dividir o bebê" no processo de resolução, e, como tal, não é incomum para cada parte ficar insatisfeita com o resultado.<sup>92</sup> Um benefício do uso de um Neutro Preventivo, ou mediação, é as próprias partes chegarem a uma solução; portanto, há uma grande probabilidade de que a solução seja realizada como acordado. Nesse sentido, ambos têm o mesmo benefício de alto controle e de baixo risco.

**CUSTOS** - O custo de usar um Neutro Preventivo, ou um mediador, é normalmente dividido entre as partes. Porém, a experiência dos autores mostra que o custo total da resolução de disputas é menor ao se usar um Neutro Preventivo em vez de uma mediação. Por quê? A mediação muitas vezes envolve um custo no processo de abertura e de descoberta de informações, mas um Neutro Preventivo não requer descoberta porque este já está familiarizado com os fatos. Além disso, a mediação quase sempre envolve advogados (como no exemplo do Sindicato dos Bombeiros), enquanto o processo de Neutro Preventivo é conduzido pelas partes, o que desencoraja o uso de advogados.

Muitos consideram que o custo de um Neutro Preventivo é maior do que o de um mediador porque o custo de usar um Neutro Preventivo incorre como parte do suporte de governança contínuo ao longo da vida do relacionamento, enquanto um mediador só é trazido quando há uma disputa. Como as taxas típicas do Neutro Preventivo e do mediador são praticamente as mesmas, tem-se a ilusão de que o custo do uso da mediação é menor porque as partes "só pagam pelo que você usa." No entanto, a experiência dos autores evidencia que isso não é verdade, visto que usar um mediador aumenta muito o tempo e outros custos associados para se chegar a uma resolução. Se, por um lado, a mediação provou ser eficaz na resolução de disputas de outra forma intratáveis, por outro ela geralmente ocorre somente depois que as partes gastaram recursos consideráveis tentando resolver a disputa. Além disso, incorporar um mediador



e cumprir sua programação pode levar um tempo significativo. Outro fator é que um mediador não envolvido de forma contínua com as partes carece de conhecimento relacional e de familiaridade com o processo, o que quase sempre gera gastos associados com o tempo de “aceleração”. Por último, o processo de mediação costuma ser contraditório – adversarial - e inclui advogados que podem arrastar o processo de mediação, como foi o caso da disputa sindical entre o Município e os Bombeiros.

**TEMPO** - Porque um Neutro Preventivo está embutido no relacionamento (ou à disposição), o tempo para resolver divergências é bastante reduzido. Ademais, a natureza não adversarial (por exemplo, um Neutro é visto como "amigo mútuo" ou "árbitro" ou "cola") significa que as partes podem obter alinhamento antes que um desacordo se transforme em uma disputa que vai para um mediador. Como mencionado anteriormente, a pesquisa mostra que incorporar um Neutro na relação permite “automonitoramento” e muitas vezes evita disputas.

### FINANCIANDO O NEUTRO PREVENTIVO

É importante reiterar que um Neutro Preventivo é um recurso financiado conjuntamente. Isso garante que o Neutro trabalhe em nome das partes igualmente, ajudando-as a prevenir qualquer problema e a resolver os que foram estabelecidos. Frequentemente, o custo de um Neutro Preventivo pode ser orçado -especialmente ao se usar Neutros Preventivos modernos, formalmente incorporados em um fórum de governança contínuo, como em um contrato de terceirização ou em um projeto de administração de uma construção.

O custo de um Neutro Preventivo varia de acordo com sua função, a frequência de uso e o número de Neutros usados (por exemplo, um único Neutro é menos caro do que um painel de três Neutros). Os Neutros preventivos recebem normalmente uma taxa horária proporcional à sua perícia.

Ao usar um Neutro Preventivo previamente à assinatura do contrato, a chave é incluir a posição do Neutro com antecedência suficiente para mitigar a resolução oportuna e eficaz de problemas.

Embora não haja uma resposta "certa" para a frequência ou o início da incorporação de um Neutro Preventivo, a maioria das organizações considera que usar um único Neutro Preventivo pode ser eficaz quando colocado na estrutura de governança de nível intermediário (não a de nível mais baixo). Por exemplo, em um acordo de terceirização, o Neutro Preventivo provavelmente não participaria das reuniões operacionais semanais, mas participaria de fóruns de governança estratégica, como uma revisão trimestral de negócios ou talvez uma análise gerencial mensal.

Ao usar o Neutro Preventivo em um pré-contrato neutro (como Arquiteto de Negócios para auxiliar na concepção e na contratação de uma parceria estratégica), o custo de um Neutro é normalmente proporcional ao tamanho do negócio e ao nível da necessidade e da capacidade das partes. Quanto maior, mais complexo e arriscado for um negócio potencial, mais as partes devem esperar pagar a um Arquiteto de Negócios. A Universidade do Tennessee lidera o programa de CDA, o qual sugere que as organizações considerem o uso de um CDA neutro em qualquer negócio complexo, ou quando as partes procurarem criar uma relação adquirida para o primeiro time.



## CONCLUSÃO: A FABRICAÇÃO DE UM MOVIMENTO

Embora Louis Brown seja considerado o pai fundador do "direito preventivo", seus primeiros trabalhos inspiraram um quadro crescente de seguidores que pesquisaram e expandiram, em todas as facetas, o conceito de prevenção de conflitos. Hoje existe uma evolução clara e uma inconfundível tendência de incorporação de abordagens proativas para prevenir e gerenciar disputas em todas as relações comerciais. Esta tendência recente é apropriadamente denominada "Movimento da Prevenção".

O uso de um Neutro Preventivo em relações de negócios - especialmente um Neutro moderno, que se concentra em ajudar as partes a permanecerem em alinhamento contínuo - prova o ditado: "Uma grama de prevenção vale um quilo de cura."

Embora existam céticos, o Movimento de Prevenção está tomando conta, conforme evidenciado nas Conferências Globais Pound 2017-2018 realizadas em todo o mundo. Durante a conferência principal, as partes interessadas no campo de resolução de disputas (usuários de serviços de resolução de disputas, seus consultores e advogados, prestadores de serviços judiciais e não judiciais e os pesquisadores e educadores que influenciam os usuários dos serviços de resolução de disputas) revelaram o seguinte consenso:

- A resolução de disputas deve ser concebida e praticada no início da trajetória de riscos que podem evoluir para conflito, escalando diferenças de opinião para argumentos, agressão e, finalmente, disputas que devem ser tratadas por meio de esforços de resolução formal de disputas;
- As técnicas de pré-disputa ou pré-escalação são as mais promissoras, e há valiosos métodos para melhorar o futuro da resolução de disputas, evitando-as;
- Sempre que possível, os riscos devem ser compreendidos e tratados com antecedência para que problemas nunca surjam;
- Onde os esforços para evitar problemas falham, as etapas devem ser iniciadas a fim de diminuir a escalada, conter disputas ou fornecer resolução em "tempo real" de conflitos para que custos, hostilidades e atrasos na resolução formal de disputas possam ser evitados.

As conclusões das Conferências Globais Pound demonstram que o Movimento de Prevenção não é mais apenas uma aspiração de alguns visionários, mas também é visto como necessário na economia moderna de hoje.

Nosso objetivo com este trabalho é fornecer uma visão abrangente do porquê, do que é e de como usar um Neutro Preventivo. Esperamos que os exemplos que compartilhamos inspirem como um Neutro Preventivo pode ser incorporado em todas as facetas de um relacionamento comercial – abrangendo desde a assinatura do pré-contrato até técnicas formais de resolução de disputas, muito mais eficaz do que a mediação e a arbitragem tradicionais.

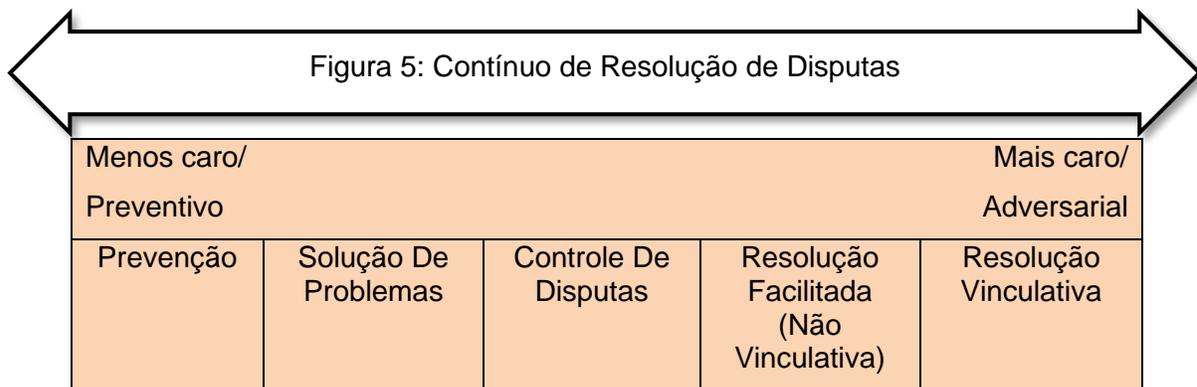
Nós o desafiamos a se juntar ao Movimento de Prevenção e incorporar um Neutro Preventivo em seus relacionamentos estratégicos. Para saber mais, continue lendo no Apêndice para um mergulho mais profundo.



## APÊNDICE 1: DESENHANDO UM SISTEMA DE PREVENÇÃO, DESESCALAÇÃO E RESOLUÇÃO DE DISPUTAS

Projetar um sistema de prevenção, redução da escalação e resolução de disputas deve ser a espinha dorsal de todos os esforços de prevenção de relacionamento. Na verdade, os autores veem isso como tão essencial que recomendamos que seu sistema seja formalmente incorporado (como compartilhado no NCR, exemplo na Parte 4), o que exige que todos os seus contratos comerciais incluam uma cláusula especificando ADR como o primeiro método preferencial de resolução em caso de desacordo.

Existem muitas técnicas e abordagens de ADR para prevenir, controlar e resolver disputas; os métodos de ADR seguem um *continuum* que varia de natureza preventiva e formal a técnicas de resolução de disputas, como arbitragem ou mediação. Dentro do *continuum*, são cinco categorias (Figura 5):



Este apêndice resume os métodos mais populares para cada categoria - do menos adversarial e menos caro para o mais adversarial e mais caro. Use este apêndice para ajudá-lo a projetar seu sistema de prevenção, redução da escalação e resolução de disputas.

### CARACTERÍSTICA DE UM BOM SISTEMA

Uma vez que problemas e disputas potenciais podem ocorrer de muitas maneiras, em momentos diferentes durante um relacionamento, nenhum mecanismo de resolução de disputas de medida única se adapta a todos os problemas e disputas.

Sugerimos três características de design.

Em primeiro lugar, um bom sistema de prevenção, redução e resolução de disputas antecipa os problemas e as disputas mais prováveis de ocorrer e projeta um sistema de técnicas, controles, filtros e dispositivos de resolução de disputas que irão garantir que todas as disputas sejam prontamente tratadas de forma realista pelas partes e resolvidas rapidamente da forma mais eficiente possível.

Em segundo lugar, um bom sistema usa uma abordagem "escalonada", com as partes concordando em uma série de técnicas que:



- Estabelece uma relação de cooperação que ajudará a prevenir problemas que vão surgindo;
- Estabelece processos que irão diminuir as divergências;
- Fornece técnicas, em tempo real, projetadas para resolver quaisquer disputas imediatamente;
- Fornece uma forma neutra assistida de resolução consensual de disputas, como mediação, se essas técnicas não resolverem todas as disputas;
- Inclui um método de proteção para alcançar a resolução final e vinculativa, como arbitragem perante árbitros especializados.

Terceiro, um bom sistema deve ser acordado no início do relacionamento e é idealmente embutido em um contrato por meio da inclusão de cláusulas e processos ADR, frequentemente em um cronograma de contrato formal. A incorporação formal de um sistema de prevenção, desescalamento e resolução de disputas reconhece a realidade de que problemas e disputas irão ocorrer e permite que as partes cheguem a um acordo sobre as técnicas mais eficazes para seus relacionamentos antes que haja qualquer problema.

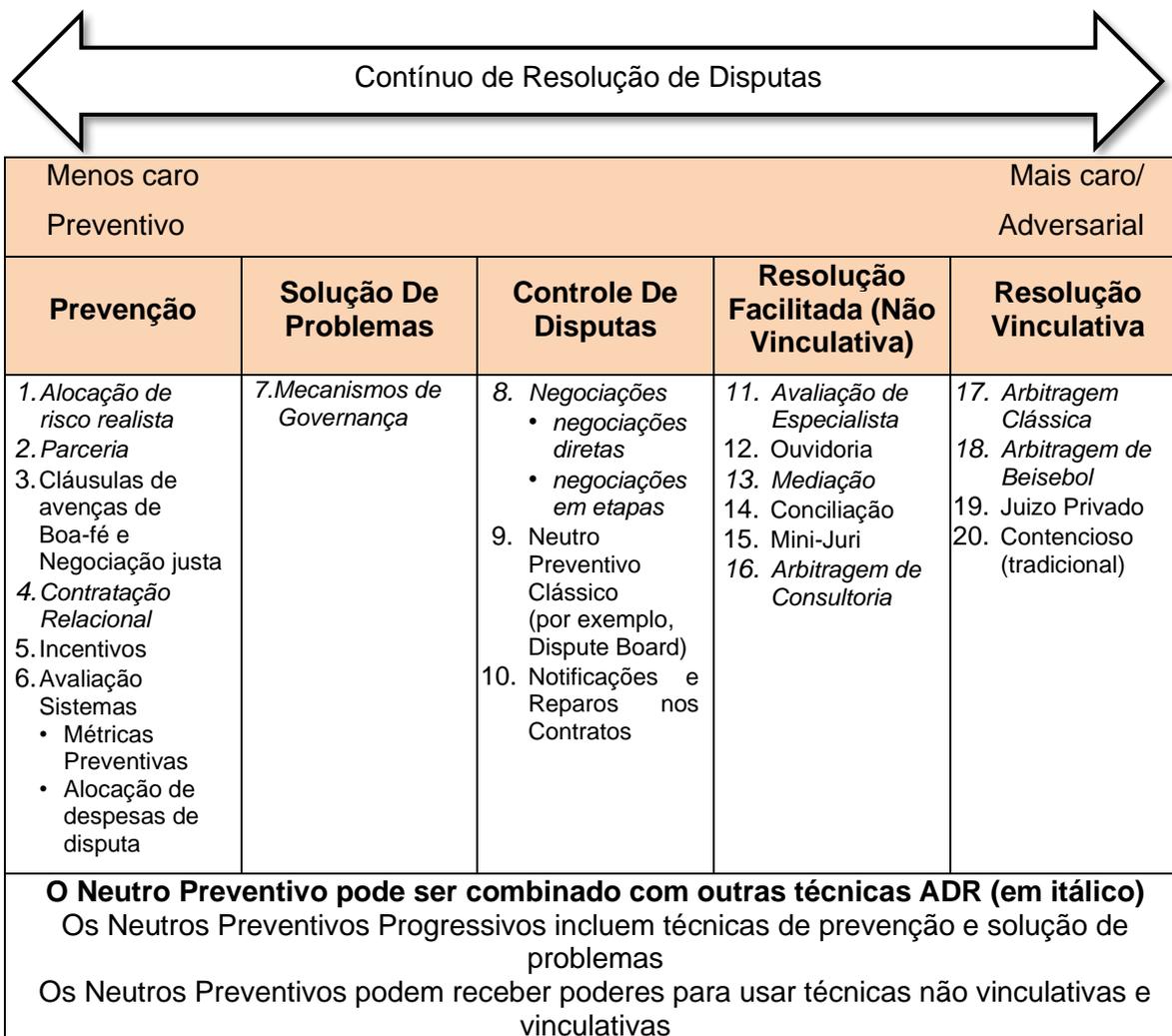
### TIPOS DE TÉCNICAS DE ADR

Conforme mencionado anteriormente, as técnicas de ADR se enquadram em cinco categorias que variam de preventivas por natureza a técnicas formais de resolução de disputas, como mediação e arbitragem. A figura 6 abaixo compartilha um *continuum* expandido de resolução de disputas. Os primeiros 19 itens são todos considerados formas de ADR. As técnicas preventivas são de menor custo e mais eficazes e devem ser uma parte fundamental de qualquer sistema de prevenção e resolução de disputas.

Cada item é perfilado como parte deste Apêndice.



Figura 6: Contínuo Expandido de Resolução de Disputas



Os elementos de um Neutro Preventivo (seleção mútua precoce, envolvimento contínuo e ação imediata e em tempo real) podem ser combinados com muitas das técnicas de ADR, como o Mediador Preventivo e um Árbitro, explicados na Parte 4. Independentemente de quais são as ferramentas utilizadas de resolução preventiva de conflitos, uma coisa é certa: as partes devem concordar sobre quais ferramentas vão usar e sobre como vão usá-las, antes de qualquer desacordo ou do surgimento de disputas formais. Dessa forma, as partes concordaram em como diminuirão a escalada, quando e se precisarem. Idealmente, as partes contratantes determinam isso durante o processo de contratação em si.

Cada método ADR é descrito neste Apêndice.



## TÉCNICAS DE PREVENÇÃO

Técnicas de prevenção de problemas são implementadas durante as fases de planejamento de um relacionamento de negócios, para estruturar proativamente a relação de forma a evitar muitos problemas. Muitas técnicas de prevenção de problemas constroem confiança por meio de transparência e de abordagens de colaboração, projetadas para estabelecer uma base sólida a fim de obter um relacionamento saudável e alinhado.

### 1. ALOCAÇÃO DE RISCOS REALISTA

A alocação de risco realista ajuda a prevenir problemas, atribuindo cada risco potencial da relação comercial à parte mais capaz de gerenciar, controlar ou garantir determinado risco.

A alocação de risco realista é uma abordagem de bom senso e é focada nos negócios para mitigar os riscos. Infelizmente, este princípio fundamental da boa gestão empresarial e da prática de prevenção não é amplamente reconhecido ou compreendido. Profissionais de compras e advogados são frequentemente encorajados a "mudar o risco" - especialmente nas relações com fornecedores - em busca de obter o "melhor negócio possível". Isso pode criar problemas de magnitude muito maior do que qualquer benefício temporário de "ganho" durante as negociações de contratação.

Quando as partes não alocam o risco de forma adequada, isso pode criar estresse indevido e impor um problema para uma parte não preparada para lidar com o risco. Pode aumentar os custos, semear incontáveis disputas potenciais, criar desconfiança e ressentimento e estabelecer relações adversas que provavelmente irão interferir no sucesso do empreendimento do negócio.

Em relacionamentos com várias partes, como projetos de construção, atribuições realistas de risco são importantes para a manutenção de relacionamentos saudáveis e para o controle de custos. No exemplo clássico multipartidário de um projeto de construção, o uso de poder superior de barganha para transferir riscos irrealistas para outra parte normalmente cria uma cadeia de reação de inflação de custos, ressentimento, mudança de risco "rio abaixo", defensiva e táticas retaliatórias, além de mal-entendidos causados por diferentes percepções quanto à aplicabilidade de algumas disposições de transferência de risco. O resultado geralmente são relações adversas, disputas e reclamações, que poderiam ter sido evitadas por meio de uma partilha inteligente de riscos.

Normalmente, será óbvio que certos riscos devem ser atribuídos a uma determinada parte. No entanto, em outros casos, qualquer uma das partes pode lidar com outros riscos igualmente bem, ou alguns riscos podem não ser tratados de forma eficaz, ou mesmo suportados por qualquer uma das partes. Nesses casos, a atribuição desses riscos deve ser tratada por meio de negociação, provavelmente refletida nos termos econômicos do negócio.

Neutros Preventivos engajados, como Arquitetos de Negociação (como no exemplo da Telia na Parte 4), frequentemente incorporam alocação de risco realista no processo de contratação.



## 2. PARCERIA

A parceria é um esforço de construção de equipe em que as partes estabelecem propositalmente uma cooperação nas relações de trabalho. A parceria é eficaz tanto em relacionamentos de longo prazo, quanto em relacionamentos específicos de projetos. Neutros Preventivos engajados como Arquitetos de Negócios (como na Telia, exemplo na Parte 4), muitas vezes incorporam o processo de contratação de parceria.

O objetivo da parceria é criar um ambiente colaborativo e fomentar a confiança desde o início da relação. As técnicas de parceria comuns envolvem a criação de objetivos comuns e a busca para entender as expectativas e os valores individuais das partes. Os benefícios esperados das atividades de parceria incluem maior eficiência e eficácia de custos, aumento da oportunidade de inovação e melhoria contínua de produtos e serviços de qualidade.

A parceria idealmente é instituída no início do relacionamento e muitas vezes inclui realizar um retiro entre o pessoal-chave envolvido no projeto/relacionamento. As atividades da parceria funcionam melhor quando as partes trazem um facilitador independente, que usa formação de equipes facilitadoras para iniciar comunicações abertas e ajudar as partes a desenvolver processos não adversariais com o objetivo de resolver problemas potenciais, em grande parte da mesma forma como o Neutro Preventivo fez no exemplo de marcas e relacionamento de Propriedade Intelectual indicado na Parte 4.

Embora a parceria seja idealmente feita no início de um relacionamento, ela pode ocorrer em qualquer tempo nessa relação. A metodologia de terceirização da Vested é uma excelente metodologia projetada especificamente para ajudar as partes a estabelecerem as bases para uma relação forte e saudável. A metodologia Vested incorpora a maioria das técnicas preventivas de ADR nas estruturas de contrato e governança com a intenção de manter as relações de terceirização de longo prazo, operando com o mínimo possível de atrito e custos de transação entre os compradores e os provedores de serviços.

## 3. PACTOS DE BOA-FÉ E CLÁUSULAS DE NEGOCIAÇÃO JUSTA

Pactos de boa-fé e cláusulas de negociação justa obrigam as partes contratantes a lidar umas com as outras de forma honesta, justa e de boa-fé, com a intenção de não destruir o direito da outra parte ou das outras partes de receber os benefícios do contrato. As leis de muitas jurisdições impõem uma obrigação implícita de boa-fé e negociação justa em todos os contratos. Contudo, as partes podem incluir, formal e explicitamente, cláusulas de boa-fé em seus contratos. Fazendo assim, isso aumenta a obrigação das partes de tomarem decisões justas - mesmo que possam contrastar com a carta declarada do contrato.

Por exemplo, abaixo está um exemplo de cláusula:

As partes, em um compromisso positivo com a honestidade e a integridade, concordam com as seguintes obrigações:

- 1) Cada parte agirá de boa-fé e se envolverá em negociações justas;
- 2) Cada uma ajudará no desempenho da outra;
- 3) Cada uma evitará prejudicar o desempenho da outra;
- 4) Cada uma cumprirá suas obrigações diligentemente;



5) Cada uma irá cooperar no esforço comum do contrato.

As cláusulas de boa-fé também podem ser cláusulas exclusivas destinadas a definir uma direção específica para aqueles que podem se encontrar em uma disputa. Por exemplo, abaixo está um exemplo de boa-fé em cláusula de negociação.

As partes tentarão, de boa-fé, resolver prontamente qualquer controvérsia ou reclamação decorrentes ou relacionadas a este contrato por negociação entre os seus representantes, com autoridade para dirimir a controvérsia.

A inclusão explícita de cláusulas de boa-fé e negociação justa é importante nos relacionamentos de negócios de longo prazo, em que o contrato, conforme declarado, pode não estar em sintonia com a mudança nas condições dos negócios. Claro, as partes devem sempre documentar sua tomada de decisão e as alternativas consideradas, comunicando-se com as partes afetadas e explicando as razões para a decisão considerada. Este é um exercício importante porque fornece um quadro de sonoridade para a decisão.<sup>93</sup>

#### 4. CONTRATAÇÃO RELACIONAL

A contratação relacional é semelhante em intenção a ter cláusulas de boa-fé e negociações justas; no entanto, é muito mais aprofundada. Por exemplo, um contrato relacional obriga as partes ao comportamento racional, estabelecendo regras de relacionamento não apenas nos negócios e nos aspectos jurídicos do contrato. O IACCM e a Universidade do Tennessee são fortes defensores de práticas de contratação relacionais e oferecem um excelente artigo: “Desvendando o Contrato Relacional: o guia prático do profissional para compreender os contratos relacionais”.<sup>94</sup>

Ao contrário das cláusulas simples de boa-fé observadas acima, um bom contrato relacional incorpora nele uma “Declaração de Intenções” formal, que inclui um documento compartilhado e desenvolvido em conjunto com a visão compartilhada, com princípios orientadores, citando os comportamentos pretendidos como parte da relação. Contratos relacionais são ideais para contratos de longo prazo, operando em um ambiente dinâmico, no qual os requisitos do contrato especificados no primeiro dia não serão provavelmente as necessidades exatas no futuro. As partes são obrigadas a “viver as suas intenções” para preencher quaisquer lacunas, erros ou omissões no contrato. Um bem desenhado contrato relacional incorpora mecanismos de governança relacional no acordo formal para obrigar as partes a administrar efetivamente o relacionamento de forma proativa (ver técnicas de governança descritas anteriormente).

Os contratos relacionais sempre reconhecem a inevitabilidade e a necessidade de mudança, incluindo uma cláusula específica de “controle de mudanças” e um processo para tratar de forma justa as mudanças que precisam acontecer.

#### 5. INCENTIVOS

Incentivos que estimulem a cooperação podem ser uma ferramenta útil para alinhar interesses entre dois contratantes. Programas de incentivos positivos bem concebidos alinham objetivos, podem ampliar o desempenho superior e desencorajar o conflito. Os incentivos podem levar a muitos formulários. Em um exemplo da indústria de construção, o líder de uma empresa multipartidária estabeleceu um *pool* de bônus em que, ao atingir metas específicas, incentivos eram compartilhados entre as organizações com as quais o líder fez contratos. Nesse sistema, o bônus é pagável apenas se esses participantes enquanto um grupo atingirem as metas designadas; o bônus será pago para todos ou



para ninguém. Esse dispositivo fornece uma poderosa motivação para que os participantes trabalhem cooperativamente uns com os outros e para que se reduzam os conflitos que possam ocorrer no empreendimento comum, quando cada participante poderia ser incentivado exclusivamente pela percepção limitada de seus interesses de curto prazo, ao invés do sucesso do negócio como um todo. Incentivos bem pensados encorajam os participantes a preterir interesses individuais em prol de necessidades legítimas e de sucesso, em última análise, a fim de beneficiar a todos os participantes do projeto.

A metodologia Vested, da University of Tennessee, inclui o uso de métodos monetários e incentivos não monetários para alinhar interesses em contratos complexos de longo prazo. Por exemplo, a Figura 7 mostra como a Intel incentiva a DHL tanto com um ganho compartilhado (% compartilhada de economia) como com prorrogações automáticas de contrato por bom desempenho.<sup>95</sup>

Resultado desejado	Padrão/medida	Incentivos
Aumentar economia de custos	Meta anual de (%)	% de poupança
Melhora do desempenho de entrega	Manter a meta OTD média anual ajustada (98%) e a meta OTD bruta (96%). Melhorar o CDD em 2%	Prorrogação automática do contrato se a meta for atingida e a meta de economia for alcançada
Redução danos de remessa	Manter a média anual de DPM de saída de 1.388. Melhorar os danos graves de entrada para <0,9% da média no último trimestre do ano	
Manter pontuações de segurança	Determinar a meta com base em novos critérios de medição de segurança. Medir por 1 trimestre e depois determinar a meta	
Manter o Índice de Satisfação dos Clientes Intel	Manter pontuação <1% ao mês e 2,0 pontos de flexibilidade do SRC. Ajustar equipe para as metas após o primeiro trimestre	

**Figura 7: Estrutura de Incentivo para um Contrato de Logística Terceirizado**



## 6. SISTEMAS DE AVALIAÇÃO

Os métodos de avaliação podem medir a eficácia dos vários tipos de ADR, para ajudar a educar uma organização sobre como usar da melhor forma as técnicas de ADR. Descrevemos duas avaliações de métodos abaixo:

*Medir ações judiciais evitadas x ações judiciais vencidas* leva ao pensamento preventivo para aqueles responsáveis pela gestão e mitigação do risco de contratação. NCR, AT&T, US WEST, Bank of America e Chevron mudaram seus sistemas de avaliação para serem preventivos, avaliando advogados, gerentes de contrato e paralegais, não apenas em ações judiciais ganhas ou perdidas, mas também em disputas evitadas, custos economizados e na elaboração de soluções que preservam ou até mesmo melhoram os relacionamentos existentes. Os departamentos jurídicos dessas organizações usam medidas quantificadas e objetivas para reduzir sistematicamente o número de ações judiciais pendentes, o tempo e o dinheiro gastos em cada conflito e a exposição financeira. Por causa desta atenção, o NCR fecha mais de 60% dos casos arquivados dentro de um ano após sua abertura.<sup>96</sup>

*Alocar despesas de disputa* para o orçamento do departamento que gerou a disputa é uma técnica eficaz para educar organizações e indivíduos sobre os verdadeiros custos da disputa. Quando os indivíduos entendem os custos de transação, muitas vezes eles tomam decisões como ver o mérito de investir em técnicas preventivas com o uso do Neutro Preventivo.

## TÉCNICAS DE RESOLUÇÃO DE PROBLEMAS

As ferramentas de resolução de problemas ajudam as partes a lidar de forma construtiva com os problemas que podem surgir, mas ainda não surgiram. Existem muitas formas de técnicas de resolução de problemas – ambas contratual e operacional. Algumas das mais populares são descritas a seguir.

## 7. MECANISMOS DE GOVERNANÇA

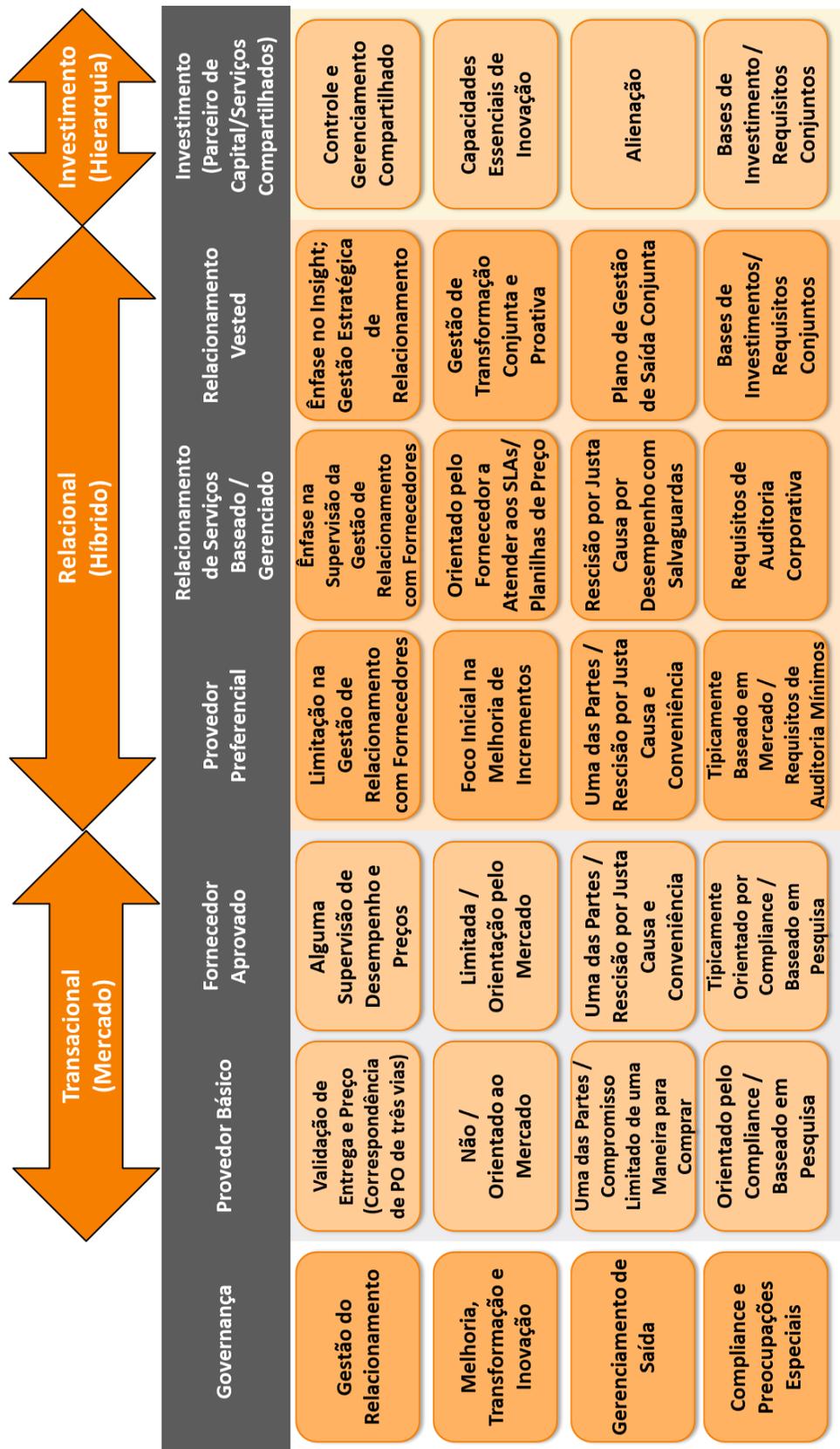
Os mecanismos de governança são uma das ferramentas mais poderosas do kit de ferramentas de direito preventivo. Os mecanismos de governança descrevem como as partes devem gerenciar todos os aspectos da relação. Os mecanismos de governança se enquadram em quatro categorias amplas:

- 1) Como gerenciar o relacionamento;
- 2) Como gerenciar a mudança (gestão de mudança contratual, contínua melhoria e transformação/ inovação em larga escala);
- 3) Como gerenciar uma saída potencial;
- 4) Como gerenciar questões regulatórias e de conformidade.

Os mecanismos de governança devem variar de acordo com a natureza da relação comercial. Por exemplo, acordos transacionais simples devem ter disposições básicas de governança, enquanto um relacionamento de terceirização grande e complexo deve ter mecanismos de governança sofisticados, como uma estrutura de governança em camadas formais com ponto a ponto (relacionamentos de “dois em uma caixa”) em funções funcionais separadas. Negócios maiores podem ter um ou mais indivíduos em tempo integral dedicados a gerenciar o negócio. O livro *Terceirização Estratégica na Nova Economia* fornece orientação de alto nível sobre como a mentalidade de governança deve evoluir em diferentes modelos de negócios de abastecimento.<sup>97</sup> (ver Figura 8)



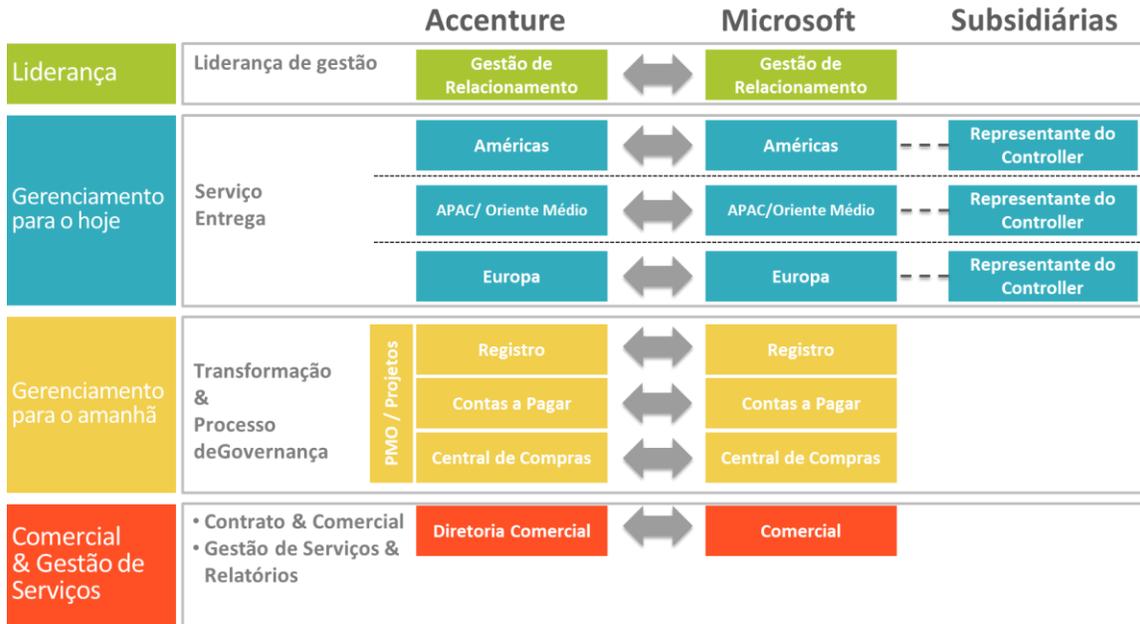
**Figura 8:**  
Mecanismos de governança sugeridos para cada modelo de negócio de abastecimento





Um bom exemplo de estrutura de governança para um grande contrato de terceirização de sucesso é a Microsoft-Accenture, com 16 pessoas em tempo integral gerenciando seu relacionamento *back-office* de terceirização financeira/ operacional - que abrange 116 subsidiárias.<sup>98</sup> (ver Figura 9)

**Figura 9: Estrutura de governança da Microsoft-Accenture**



Neutros Preventivos desempenhando o papel de arquitetos de negócios na fase pré-contrato frequentemente ajudam as partes a incorporar acordos de notificação e resolução em seu contrato.

## 8. NEGOCIAÇÃO

A negociação é a técnica mais comum e quase sempre é usada primeiro para tentar resolver uma disputa. A principal vantagem dessa forma de solução de controvérsias é permitir às partes controlar o processo e a solução por conta própria. Existem centenas (senão milhares) de livros sobre negociação. As estratégias de acordo variam do adversarial ao “ganha-ganha”, com títulos de livros como “Começar com o Não”, “Chegando ao Sim” e “Chegando ao Nós”. Nós defendemos filosofias de transação transparentes e de “ganha-ganha” - especialmente em grandes, complexas e estratégicas relações de longo prazo.

A negociação por etapas é uma forma de negociação. É uma excelente prática de negócio, em que indivíduos em posições inferiores em cada organização são incentivados a resolver problemas prontamente quando surgem. Se essas pessoas não puderem resolver um problema em seu nível prontamente, seus superiores imediatos, que não estão tão intimamente identificados com o problema, são então solicitados a conferenciar e tentar resolver o problema; se eles falharem, o problema é então escalado para a alta gerência em cada organização. Por causa de um interesse intermediário em evitar que problemas potencialmente confusos incomodem mais e em demonstrar à alta gestão a capacidade do nível intermediário de resolver problemas, há um incentivo implícito para resolver disputas antes mesmo de elas terem de ir para o mais alto nível de gestão.



Os processos de negociação por etapas mais eficazes têm prazos pré-acordados para incentivar uma resolução rápida. Sem um prazo, esses processos por etapas muitas vezes param porque os indivíduos de nível inferior esforçam-se em demasia, com medo de serem vistos como um fracasso na sua capacidade de resolver problemas. Quando os níveis mais baixos se agitam em um processo de negociação de etapas, o resultado é quase sempre o aumento do atrito (por exemplo, a bolha no pé infeccionando). O exemplo da Toyota, compartilhado anteriormente, mostra o uso de uma negociação por etapas associado a um período de tempo. Em contratos de terceirização grandes ou complexos, uma boa prática é ter uma governança de três camadas de estrutura e usar uma abordagem "dois em uma caixa" (ponto a ponto), na qual o primeiro que estiver em desacordo procura resolvê-lo.

## 9. NEUTRO PREVENTIVO CLÁSSICO

A abordagem convencional para um Neutro Preventivo concentra-se no controle de disputas pós-assinatura do contrato- mais comumente ajudando as partes a "manter a paz" em "tempo real" no curso de duração de um contrato-, como é o caso de um Conselho de Revisão de Disputas (Dispute Review Board). No entanto, o papel de um Neutro Preventivo pode variar amplamente, conforme mostrado na Parte 4.

Uma parte fundamental do processo de Neutro Preventivo é que as partes determinem os seguintes pontos:

- Número de Neutros Preventivos (um ou três, como nos Conselhos de Resolução de Disputas);
- Função (que varia entre servir como uma função estritamente facilitadora e ter uma função judicativa como um Árbitro Preventivo);
- Latitude neutra de apuração de fatos;
- Se a recomendação do Neutro deve ser vinculativa ou não vinculativa.

Com base nas decisões acima, existem muitas variações de como um Neutro Preventivo funciona na prática. Por exemplo, a função de Neutro Preventivo pode ser expandida para além do tradicional controle de disputas a fim de apoiar as partes com prevenção, resolução de problemas e disputas formais de resolução. As variações mais comuns incluem o Mediador Preventivo e o Neutro Preventivo. Mais recentemente, as organizações têm usado um Neutro Preventivo no papel de um Arquiteto de Negócios, durante a assinatura do pré-contrato. Quando isso é feito, o Neutro Preventivo frequentemente incorpora técnicas de ADR no pré-contrato.

## 10. ACORDOS DE NOTIFICAÇÃO E REPAROS

Os acordos de notificação e reparos são cláusulas contratuais destinadas a chamar a atenção para possíveis violações de contrato e fornecer uma oportunidade para corrigi-los. O aviso, ou notificação, deve delinear o processo de como cada parte é informada sobre uma violação potencial, e a parte infratora normalmente tem um período fixo de tempo para reparar (ou consertar) o problema que está causando a violação. Pensamos que os acordos de aviso/notificação e cura dão às partes "regras" e "instruções" para comunicar formalmente as questões de violação de contrato percebidas.

Neutros Preventivos desempenhando o papel de Arquitetos de Negócios nos pré-contratos frequentemente ajudam as partes a incorporar acordos de notificação e resolução em seu contrato.



## TÉCNICAS DE RESOLUÇÃO FACILITADAS (NÃO VINCULATIVAS)

### 11. AVALIAÇÃO DE ESPECIALISTA

A avaliação de especialistas é um processo no qual as partes usam um especialista que fornece uma avaliação equilibrada e imparcial da disputa, oferecendo uma opinião e/ou recomendação. Um avaliador especialista é um profissional da área específica (por exemplo, construção, instalações de gestão, TI) e pode ou não ser um advogado. Se for advogado, pode fornecer um opinião sobre o resultado provável de um processo judicial.

Os Neutros Preventivos também podem fornecer avaliação especializada. O desenvolvimento imobiliário exemplificado na Parte 4 indica como o Neutro Preventivo era um especialista e um advogado.

### 12. OUVIDORIA - OMBUDSMAN

Um ombudsman é uma pessoa (ou escritório) encarregado de investigar disputas. Um ombudsman muitas vezes emite relatórios não vinculativos, com recomendações sobre problemas ou melhorias consideradas desejáveis. Tanto o Comando de Materiais do Exército (AMC) quanto a NASA usam um *ombudsman* para resolver problemas como parte do processo de aquisição. O *ombudsman* investiga reclamações relatadas ou solicitações de assistência de negócio/indústria e garante que as medidas adequadas sejam tomadas. Trabalhando diretamente para o comandante, o *ombudsman* pode eliminar a "burocracia" organizacional e melhorar o processo de resolução de problemas de comando.<sup>99</sup>

A NCR e a AT&T usam um *ombudsman* para analisar cada disputa no início dos processos com o intuito de avaliar objetivamente a exposição financeira representada pela reivindicação. A análise escrita, distribuída para a gestão, inclui um plano de ADR e sugestões sobre como fortalecer o relacionamento com o oponente. Se o caso pode ser tratado por meio de ADR, ou abaixo do nível calculado de exposição ao risco, a empresa resolverá o problema sem litígio. O principal objetivo é resolver a contenção de forma eficiente com pouco gasto de tempo e dinheiro.<sup>100</sup>

### 13. MEDIAÇÃO

A American Bar Association (ABA) define mediação como:<sup>101</sup>

“Um processo privado em que uma terceira pessoa neutra, chamada mediador, ajuda as partes a discutirem e a tentarem resolver uma disputa. As partes têm a oportunidade para descrever as questões, discutir seus interesses, entendimentos e sentimentos; fornecer informações uns aos outros e explorar ideias para a resolução da disputa. Embora os tribunais possam determinar que certos casos devem ir para mediação, o processo permanece voluntário, e as partes não são obrigadas a alcançar um acordo. O mediador não tem o poder de tomar uma decisão para as partes, mas pode ajudá-las a encontrar uma solução mutuamente aceitável. Apenas quem pode resolver a disputa na mediação são as partes por si mesmas.”

O ABA aumenta a definição, explicando que “existem várias maneiras diferentes para que uma mediação possa prosseguir. A maioria das mediações começa com as partes juntas em uma sessão conjunta. O mediador irá descrever como funciona o processo, irá explicar o seu papel e ajudará a estabelecer regras básicas e uma agenda para a sessão. Geralmente, as partes, então, fazem as declarações iniciais. Alguns mediadores



conduzem todo o processo em uma sessão conjunta. No entanto, outros mediadores irão mover duas sessões separadas, indo e voltando, intercalando entre as partes. Se as partes chegarem a um acordo, o mediador pode ajudar a transformá-lo em um contrato escrito, que será então executável no tribunal. ”<sup>102</sup>

A intenção original da mediação era permitir que as partes tivessem uma maneira econômica de trabalhar juntas para chegar a uma solução, em vez de levar o problema para os departamentos jurídicos. No entanto, na prática, as partes geralmente trazem seus advogados, como o exemplo do Município e do Sindicato dos Bombeiros, apresentado na Parte 5. A American Bar Association declara: “*Como praticada hoje, a mediação normalmente é um processo conduzido por advogado, envolvendo ampla participação de advogados oponentes, e pode muito bem envolver instrução. A mediação, como a arbitragem, incorre em substanciais custos de transação para ambas as partes.*”

Um Neutro Preventivo pode - se as partes concordarem - desempenhar o papel de mediador, ajudando-as a chegarem a uma solução.

#### 14. CONCILIAÇÃO

A conciliação costuma ser confundida com mediação e arbitragem, mas, na maioria das jurisdições, os termos raramente são considerados intercambiáveis.

A conciliação difere da mediação porque, na mediação, o mediador trabalha com as partes para ajudá-las a chegar a um acordo mutuamente aceitável. Na conciliação, no entanto, o conciliador reúne-se separadamente com as partes, que apresentam suas posições. O conciliador pode pedir às partes que façam concessões para chegar a uma resolução. Em última análise, o conciliador esboça uma resolução que considera benéfica para ambas as partes, mas a proposta da resolução não é vinculativa, e as partes podem aceitá-la ou rejeitá-la como desejarem.<sup>103</sup>

Um Neutro Preventivo pode receber autoridade para atuar como conciliador.

#### 15. MINI-JULGAMENTO

Um mini-julgamento realmente não é um juízo propriamente. Em vez disso, é um processo de ajuste. The American Bar Associação (ABA) define o mini-julgamento como:<sup>104</sup>

Um processo privado e consensual, em que os advogados de cada parte fazem uma petição de apresentação do caso como se fosse em juízo. As apresentações são observadas por um consultor neutro e por representantes (geralmente executivos de negócios de alto nível) de cada lado, com autoridade para resolver a disputa. Das apresentações, os representantes buscam dirimir a controvérsia. Se os representantes deixarem de resolver a disputa, o consultor neutro, a pedido das partes, pode servir como mediador, ou pode emitir uma opinião não vinculativa quanto ao resultado provável em um tribunal.

#### 16. ARBITRAGEM CONSULTIVA

A arbitragem consultiva é uma forma de arbitragem, mas não é vinculativa. Veja item 17 abaixo (Arbitragem) para uma definição de arbitragem.

Os Neutros Preventivos podem desempenhar a função de Arbitragem Consultiva se tiverem autoridade.



## TÉCNICAS DE RESOLUÇÃO VINCULATIVAS

Resolução vinculativa é o tipo mais caro de ADR, perdendo em custos apenas para um processo judicial formal.

Os Neutros Preventivos podem receber autoridade para atuar como árbitros, como no setor imobiliário e no desenvolvimento de Propriedade Intelectual, exemplos apresentados na Parte 4. Recomendamos que os Neutros Preventivos não sejam solicitados a emitir decisões de arbitragem vinculativas, a menos que o contexto do negócio (no qual “o tempo é essencial”, como no caso do exemplo do Desenvolvimento Imobiliário) assim o exija.

### 17. ARBITRAGEM

A American Bar Association (ABA) define a arbitragem <sup>105</sup> como:

“Um processo privado em que as partes em disputa concordam por escrito que um ou vários indivíduos podem tomar uma decisão sobre a disputa após receberem as evidências e ouvirem os argumentos. A arbitragem é diferente da mediação porque o árbitro neutro tem autoridade para tomar uma decisão sobre a disputa. O processo de arbitragem é semelhante a um processo judicial, em que as partes fazem a abertura de declarações e apresentam provas ao árbitro. Geralmente, é conduzido sob as regras processuais de uma organização de resolução de disputas estabelecida, como a American Arbitration Association, CPR, JAMS ou similar organização Internacional. Em comparação com os julgamentos tradicionais, a arbitragem geralmente é concluída mais rapidamente e é menos formal. Por exemplo, muitas vezes as partes não têm de seguir as regras processuais estaduais ou federais, e, se as partes concordarem, o árbitro não é obrigado a aplicar a lei vigente. Depois da audiência, o árbitro emite uma sentença. Alguns, simplesmente, anunciam a decisão, e outros dão razões (um fundamento) para a sentença. Os julgamentos em regra preservam a confidencialidade e não são públicos. O processo de arbitragem pode, se acordado, ser vinculativo ou não vinculativo. Quando a arbitragem é vinculativa, a decisão é final, pode ser executada por um tribunal e só pode ser objeto de recurso em casos muito restritos. Quando a arbitragem não é vinculativa, a sentença do árbitro é consultiva e pode ser aceita ao final por vontade das partes.”

Os árbitros devem ser formalmente treinados ou certificados como árbitros. Eles vêm de uma ampla variedade de experiências educacionais e profissionais. Embora muitos tenham formação jurídica, ou sejam advogados em exercício, muitos outros têm experiência em contabilidade, seguros, finanças, saúde, construção ou em outros campos. Alguns estados exigem que os árbitros sejam advogados experientes. A American Arbitration Association exige que os árbitros tenham pelo menos dez anos de experiência profissional, além de educação e treinamento adequados em arbitragem para serem adicionados à Lista Nacional de Árbitros AAA.<sup>106</sup>

Além disso, muitos vêm a arbitragem como é praticada atualmente como algo semelhante ao litígio a evitar e observar: “os procedimentos agora normalmente incluem muitos excessos de bagagem na forma de moções, resumos, instrução, depoimentos, juízes, advogados, tribunal, relatórios, testemunhas especializadas, publicidade e indenizações por danos além da razão (e além dos limites contratuais)”.<sup>107</sup> A ABA declara que a



arbitragem “incorre em custos de transação substanciais para ambas as partes, na forma de honorários de advogados e árbitros, custos de instrução e honorários de especialistas. Esses são custos ‘irrecuperáveis’ para cada parte, normalmente não recuperáveis”.<sup>108</sup> A crítica é especialmente aguda para a arbitragem anexada aos tribunais, que julga em jurisdições federais, geralmente obrigatórias depois que os concorrentes começam a litigar. Um artigo da Harvard Business Review diz:

“Não é de surpreender que as partes tendam a prosseguir com o caso assim que o iniciaram - com muita hostilidade e com toda a parafernália cara de um processo, apesar da advertência do juiz para arbitrar. Além do mais, se alguma das partes se opõe à decisão arbitral, pode levar o caso de volta ao juiz. Apesar das desvantagens - altos custos legais, perda de tempo, falta de finalidade - cerca de 65% dos casos facilitados pela American Arbitration Association são ADR anexados ao tribunal.”<sup>109</sup>

Os Neutros Preventivos podem receber autoridade para atuar como um árbitro, como no setor imobiliário e no desenvolvimento de Propriedade Intelectual compartilhados na Parte 4.

#### 18. ARBITRAGEM DE BEISEBOL

A arbitragem de beisebol é um tipo de arbitragem em que as partes em disputa enviam uma proposta de adjudicação ao árbitro, e este escolhe apenas a solicitação de uma das partes. Arbitragem de Beisebol ganhou esse nome porque se tornou popular para resolver disputas salariais entre jogadores de beisebol e donos de times.

Na Arbitragem de Beisebol, o jogador, ou seu representante, e a Liga Principal de Beisebol de cada clube apresentam um valor salarial. Esses números são dados a um painel de três pessoas árbitros profissionais. O processo fornece a cada parte uma hora para apresentar seu caso ao painel, seguida por 30 minutos para refutação. Depois que cada lado apresentou seu caso, o painel decide qual valor salarial será concedido. É uma proposição “tudo ou nada”, em que o painel escolherá a figura proposta pelo jogador ou pela equipe. Não há meio-termo ou compromisso.

A Arbitragem de Beisebol limita a discricionariedade de um árbitro para chegar a uma decisão. Um benefício-chave da Arbitragem de Beisebol é um incentivo inerente para cada lado oferecer uma proposta razoável ao árbitro, na esperança de que sua sentença seja aceita. A justificativa é que as propostas irracionais provavelmente resultarão na perda daquela parte cuja proposta irracional foi apresentada.

Embora o processo em si seja fácil de entender, os críticos o consideram cheio de perigos porque “o jogador é obrigado a estar presente e a ouvir, enquanto a equipe tenta minimizar as realizações desse jogador e o valor para a equipe. No final do processo, essa mesma equipe diz ao jogador o quão importante ele é para o sucesso na próxima temporada. É uma mensagem difícil de transmitir, pelo menos com uma cara séria.”<sup>110</sup>

A Arbitragem de Beisebol é cada vez mais usada em disputas comerciais, como o exemplo de desenvolvimento imobiliário mostrado na Parte 4. Os árbitros podem ser um painel (como no beisebol) ou um indivíduo, como no exemplo de incorporação imobiliária. Uma vez que o árbitro só pode escolher entre as ofertas das partes, às vezes é chamado de “ou/ou”, isto é, arbitragem ou arbitragem de “oferta final”.

#### 19. JUIZ PARTICULAR

A American Bar Association (ABA) define um julgamento privado<sup>111</sup> como “Um processo em que as partes em disputa concordam em manter uma pessoa neutra como um juiz



particular. O juiz particular, que muitas vezes é um ex-juiz com experiência na área da disputa, ouve o caso e toma uma decisão de maneira semelhante a um juiz. Dependendo das regras do tribunal, a decisão do juiz particular pode ser passível de recurso nos tribunais públicos.”

Os juízes privados foram apresentados pela primeira vez nos Estados Unidos no final dos anos 1970, em Nova York.

Os advogados das partes selecionam o juiz particular, e o custo é dividido entre os litigantes. Juízes privados geralmente ouvem casos de relacionamento doméstico, casos de quebra de contrato e uma variedade de casos civis. Eles não ouviriam casos criminais, como assassinatos, ou um caso que requeira um júri.

Os benefícios de usar um juiz particular são, principalmente, rapidez, escolha do juiz e privacidade. Há também um benefício para os contribuintes, já que as partes litigantes pagam pelo custo.

## 20. LITÍGIO

Litígio não é uma técnica de ADR e é a disputa mais cara e adversarial na forma de resolução. A American Bar Association (ABA) define litígio<sup>111</sup> como:

“Litígio é um processo para lidar com disputas no sistema judiciário. Litígio é uma ação contestada, em que outra pessoa, como um juiz, pode chegar à decisão final para as partes, a menos que as partes decidam por um acordo antes do julgamento. Um acordo pode acontecer a qualquer momento durante o processo. Durante o processo de contencioso, poderá haver uma série de audiências e ordens temporárias (por exemplo, custódia temporária), culminando as ordens finais. Ordens finais em relação à questão real no caso (por exemplo, custódia, suporte, divisão de ativos) ocorre geralmente somente após haver um julgamento com testemunhas.



## APÊNDICE 2: EXEMPLO DE LINGUAGEM PARA SELEÇÃO DOS SERVIÇOS DE UM NEUTRO PREVENTIVO

As partes irão, seja em seu contrato, seja imediatamente após a celebração de sua relação contratual, designar um Neutro Preventivo que estará disponível para auxiliar e recomendar a resolução de quaisquer desacordos ou disputas que possam surgir durante o curso do relacionamento.

**Compromisso.** O Neutro será selecionado mutuamente pelas partes. Ele deve ser experimentado com o tipo de negócio envolvido na relação das partes e não deve ter conflitos de interesse com qualquer uma das partes.

**Resumo ao Neutro.** As partes irão inicialmente informar o Neutro sobre a natureza, o escopo e os propósitos de sua relação comercial e equipá-lo com cópias dos documentos contratuais básicos. Com o objetivo de manter o Neutro informado sobre o andamento da relação comercial, as partes fornecerão relatórios periódicos de gestão de rotina, assim como podem ocasionalmente convidar o Neutro para se reunir com as partes, com a frequência que depende da natureza e do andamento dos negócios.

**Resolução de disputas.** Quaisquer disputas surgidas entre as partes, de preferência, devem ser resolvidas pelas próprias partes, mas, se as partes não puderem resolver uma disputa, elas irão prontamente submetê-la ao Neutro para resolução.

**Conduta de audiência e recomendação.** Assim que uma disputa é submetida ao Neutro, este definirá uma data antecipada para uma audiência em que cada parte terá a oportunidade de apresentar provas. Os procedimentos devem ser informais, embora as partes possam manter um registro formal, se desejado. As partes podem ter representantes na audiência. O Neutro pode fazer perguntas às partes e testemunhas, mas não deve, durante a audiência, expressar qualquer opinião sobre o mérito de qualquer faceta do assunto em consideração. Após a audiência, o Neutro deliberará e prontamente emitirá uma recomendação fundamentada por escrito sobre a disputa.

Aceitação ou rejeição da recomendação.

Dentro de duas semanas após o recebimento da recomendação, cada parte responderá aceitando ou rejeitando a recomendação do Neutro. A falta de resposta significa que a parte aceita a recomendação. Se a disputa permanecer sem solução, qualquer das partes pode apelar para o Neutro ou recorrer a outros métodos de resolução, incluindo arbitragem (se acordado pelas partes como seu método vinculativo de resolução de disputas) ou contencioso. Se uma parte recorrer à arbitragem ou ao litígio, todos os registros submetidos ao Neutro e a recomendação por escrito serão admissíveis como prova no processo.

**Taxas e despesas.** O Neutro será compensado em sua taxa horária habitual de remuneração, e a compensação do Neutro e outros custos razoáveis serão divididos igualmente entre as partes.

**Sucessão.** Se o Neutro se tornar incapaz de servir, ou se as partes concordarem mutuamente em rescindir o serviços do Neutro, então elas escolherão um sucessor para o Neutro Preventivo.



### APÊNDICE 3: DIRETRIZES PARA ADVOGADOS QUE SERVEM COMO TERCEIROS NEUTROS

Este Apêndice mostra que diferentes jurisdições podem ter diferentes leis sobre o uso de um advogado como um Neutro Preventivo. Por favor, verifique as leis locais ao projetar seu sistema de prevenção.

Tribunais de Washington

#### RPC – 2.4 ADVOGADO ATUANDO COMO UM TERCEIRO NEUTRO

a) Um advogado atua como terceiro Neutro quando auxilia duas ou mais pessoas que não são seus clientes a chegarem a uma resolução de uma disputa ou de outro assunto que tenha surgido entre elas. O serviço como terceiro Neutro pode incluir o serviço como moderador, mediador ou qualquer outra capacidade que habilite o advogado a auxiliar as partes a resolverem o assunto.

b) Um advogado que atue como terceiro Neutro deverá informar as partes não representadas de que o advogado não as está representando. Quando o advogado souber, ou razoavelmente deva saber, que a parte não compreende o papel do advogado no assunto, este deve explicar a diferença entre o seu papel como terceiro Neutro e o papel do advogado que representa um cliente.

( Em vigor em 01 de setembro de 2006)

Comentários

1) A resolução alternativa de disputas tornou-se uma parte substancial do sistema de justiça civil. Além de representar clientes em processos de resolução de disputas, os advogados muitas vezes atuam como terceiros Neutros. Um terceiro Neutro é uma pessoa, como um mediador, árbitro, conciliador ou avaliador, que auxilia as partes, representadas ou não, na resolução de uma disputa ou na preparação de uma transação. Se um terceiro Neutro atua principalmente como facilitador, avaliador ou tomador de decisões, isso depende do processo específico que é selecionado pelas partes ou ordenado por um tribunal.

2) A função de um terceiro Neutro não é exclusiva dos advogados, embora, em alguns contextos ligados a tribunais, apenas os advogados tenham permissão para exercer essa função ou para lidar com certos tipos de casos. Ao desempenhar esta função, o advogado pode estar sujeito a regras judiciais ou a outra lei que se aplique tanto a terceiros Neutros em geral quanto a advogados de Ética para Arbitragem em Disputas Comerciais preparados por um comitê conjunto da American Bar Association e da American Arbitration Association e a Society of Professionals in Dispute Resolution.

3) Ao contrário dos advogados que não atuam como terceiros Neutros, os advogados que trabalham nesta função podem enfrentar problemas únicos como resultado das diferenças entre o papel de um terceiro Neutro e o serviço de um advogado como representante do cliente. O potencial para a confusão é significativo quando as partes não estão representadas no processo. Assim, o parágrafo(b) exige que um advogado neutro informe as partes não representadas de que os advogados não as estão representando. Para algumas partes, particularmente aquelas que frequentemente usam processos de resolução de disputas, esta informação será suficiente. Para



outras, principalmente àquelas que estão usando o processo pela primeira vez, serão necessárias mais informações. Quando apropriado, o advogado deve informar as partes não representadas sobre as diferenças importantes entre a função do advogado como terceiro Neutro e a função do advogado como representante do cliente, incluindo a inaplicabilidade do privilégio e a confidencialidade de provas entre advogado-cliente. A extensão da divulgação exigida neste parágrafo dependerá das partes específicas envolvidas e do objeto do processo, bem como das características específicas do processo de resolução de disputas selecionado.

4) Um advogado que atue como terceiro Neutro posteriormente pode ser convidado a atuar como advogado em representação de um cliente no mesmo assunto. Os conflitos de interesse que surgem tanto para o advogado individual quanto para o escritório de advocacia do advogado são tratados na Regra 1.12

5) (Revisão de Whashington) Os advogados que representam clientes em processos alternativos de resolução de conflitos são regidos pelas Regras de Conduta Profissional. Quando o processo de resolução de disputas ocorre perante um tribunal, como na arbitragem vinculativa (ver Regra 1.0A (m)), o dever de franqueza do advogado é regido pela Regra 3.3., caso contrário o dever de franqueza do advogado para com o terceiro Neutro e outras partes é regido pela Regra 4.1

comentário alterado em vigor em 14 de abril de 2005

comentários adotados a partir de 1º de setembro de 2006



## APÊNDICE 4: BARREIRAS PARA A ADOÇÃO DE UM NEUTRO FIXO

Apesar da tendência crescente para técnicas de legislação preventiva, muitas organizações resistem em investir e incorporar um Neutro Preventivo em contratos complexos. Este apêndice descreve as barreiras mais comuns citadas para não usar um Neutro Preventivo e oferece sugestões para como superar cada barreira.

**O consultor jurídico não apoia o uso de um Neutro Preventivo:** o livro de Richard Susskind *O fim dos advogados?* usa a metáfora de um advogado observando seu cliente caminhando precariamente ao longo da beira de um penhasco. O advogado, em vez de erguer uma barricada ou colocar luzes de advertência no topo do penhasco, prefere fazer estacionar uma ambulância na parte inferior do penhasco.<sup>112</sup>

Os advogados eram originalmente antagonistas e, na melhor das hipóteses, cínicos sobre o Movimento dos Meios Alternativos de Resolução de Disputas no final dos anos 1980 e início dos anos 1990, dizendo que as iniciais "ADR" significavam "Alarming Drop in Revenues", ou *Queda alarmante nas receitas*. Continuando o antagonismo do advogado à prevenção, os objetivos do ADR são ilustrados pela votação nas Conferências Globais da Libra (GPC). Em resposta à pergunta "*Quais as partes interessadas são provavelmente as mais resistentes à mudança na prática de resolução de disputas comerciais?*", o veredicto esmagador entre os delegados GPC (mesmo incluindo os delegados advogados) era "Advogados externos".<sup>113</sup>

Ironicamente, agora que muitos advogados em idade de aposentadoria estão entrando no negócio de "resolução", seu sustento depende ainda mais de um fluxo interminável de disputas intratáveis; então, eles se opõem ainda mais à prevenção do que anteriormente.

**Superando a barreira:** uma das melhores abordagens para obter apoio jurídico ao uso de um Neutro Preventivo, é lembrar aos advogados que é sua obrigação profissional ajudar a manter seus clientes fora de disputas e litígios, e que uma parte dessa obrigação é manter os clientes informados sobre os tipos de práticas de prevenção que podem ajudar a atender a essa obrigação. Uma maneira é começar compartilhando este trabalho, ou conversando com alguém que seja um especialista, ou ainda, que usou um Neutro Preventivo de forma eficaz. Se você quiser falar com alguém que usou um Neutro Preventivo, entre em contato com a pesquisadora líder da University of Tennessee, pesquisadora Kate Vitasek, em [kvitasek@utk.edu](mailto:kvitasek@utk.edu)

Outra abordagem é focar as partes no propósito do relacionamento, em primeiro lugar no primeiro, que é atingir os resultados específicos identificados. Lembre as equipes, incluindo os advogados, que a melhor maneira de atingir esses objetivos é mantendo um relacionamento saudável.

Quanto mais rapidamente as disputas potenciais são aliviadas ou eliminadas, mais provável é que o relacionamento permaneça saudável.

**Não querendo estragar a euforia:** algumas pessoas podem temer que abordar o assunto de resolução de disputas durante os estágios iniciais de um relacionamento é semelhante a sugerir a um casal de noivos felizes que eles deveriam assinar um acordo pré-nupcial.

**Superando a barreira:** não espere até depois de ter assinado um novo acordo para pensar sobre seus processos de resolução de disputas. Em vez disso, incorpore-o como



uma tarefa em seu processo de contratação geral que simplesmente deve ser abordada. Por exemplo, a metodologia Vested simplesmente trata a conclusão de práticas preventivas como resultados que devem ser concluídos como parte do processo de contratação - semelhante a como a equipe deve desenvolver uma Declaração de Trabalho ou um Modelo de Preços para o relacionamento.

***Uma sensação de que não haverá problemas futuros:*** é da natureza humana ignorar problemas e ter esperança de que eles vão embora (ou seja, a pequena bolha em seu pé). Às vezes, essa estratégia pode funcionar, mas frequentemente não. Além disso, muitos empresários não pensam em termos de sistema de conflitos. Um dos maiores motivos de disputas em grandes contratos complexos, como um acordo de terceirização, ocorre porque os problemas não se tornam aparentes até que os gerentes mudem para outras posições (e, portanto, evitem responsabilidades). Um bom relacionamento pode impedir uma disputa formal, mas quando, por exemplo, um “novo xerife” chega à cidade, a parte com a reclamação pode não se sentir obrigada a continuar a morder a língua. Também, se as partes não aplicaram técnicas preventivas, como boa governança ou Declaração de Intenções, muitas vezes há uma sensação de que ninguém é afirmativamente responsável pelo gerenciamento de conflitos, de um modo geral.

***Superando a barreira:*** faça com que os membros da equipe concluam um exercício “e se ...”, “e se ... um novo xerife chega e exige que o fornecedor corte os custos em 20%?”, ou “e se XX acontecer, como você vai lidar com isso de forma justa?” Aumente este exercício tendo membros da equipe que compartilhem histórias reais “de guerra” sobre o que aconteceu em outros negócios/relacionamentos. Então, olhe para os processos existentes de gestão de litígios. O que aconteceria se um desses “o que aconteceria se..”, ou se histórias “de guerra” acontecessem com o seu negócio e tudo que você teria fosse o seu processo de disputa já existente versus práticas incorporadas para uma resolução mais colaborativa e precoce?

***Resistência tradicional à mudança:*** um advogado resumiu muito bem a razão por que sua empresa não adotou a prática dos Neutros Preventivos: “As pessoas colocam algumas questões em seus caminhos. Ensinar novos truques a um cachorro velho é muito difícil. A mudança está chacoalhando o carrinho de maçã e as pessoas não querem ouvir.” Assim, embora incluir um Neutro Preventivo possa parecer ter um acéfalo à primeira vista, os proponentes muitas vezes enfrentam barreiras significativas que tornam difícil a adoção e a sustentação dessa inovação. Razões comuns citadas para não querer mudar incluem: 1) advogados internos e funcionários de nível médio sentem que lidam com as disputas de forma eficaz e se ressentem que reforços possam reduzir sua autonomia; 2) o advogado externo se preocupa com a interferência em sua responsabilidade profissional para produzir os melhores resultados jurídicos e em sua capacidade de gerar receitas substanciais que geralmente fluem da prática de “litígios como de costume” existentes; 3) uma cultura empresarial de travar a batalha do bem para provar que estão certos; 4) fazer algo diferente parece arriscado e traz críticas se a nova ideia não funcionar bem; e 5) há uma preocupação, muitas vezes do lado do fornecedor, de que o Neutro Preventivo possa “se meter no meio”, obter ou bloquear os interlocutores para construir uma conexão profunda com seu cliente.

***Superando a barreira:*** a boa notícia é que o sucesso, tanto do ADR tradicional, quanto dos processos mais novos de prevenção e redução da escalada, com Neutros Preventivos, tornou-se mais conhecido, então a resistência está diminuindo. Sugerimos que a melhor abordagem se dá por meio da educação sobre o porquê, o quê e como usar



um Neutro Preventivo. Compartilhar este artigo, ou falar a respeito dele, são ótimos primeiros passos.

Além disso, as pessoas raramente mudam, a menos que a dor da mudança seja menor do que a dor atual. Nesse caso, experimente testar o conceito na recuperação de um mau negócio. Por exemplo, digamos que você tem um relacionamento ruim com o fornecedor e fará uma oferta para encontrar um novo fornecedor. Use a oportunidade para “pilotar” o conceito. Outra boa maneira de obter adesão é adotar medidas de técnicas preventivas, como medição de prevenção de disputas versus medição dos custos tradicionais de disputas para o(s) departamento(s) envolvido(s). Esses dados baseados em fatos abrirão os olhos de indivíduos ao custo oculto das abordagens tradicionais. Veja essas e outras ideias em Apêndice 1.

***Uma percepção de que a resolução de disputas em vários níveis retarda o processo:*** algumas pessoas podem pensar que especificar mais de um nível de prevenção e resolução de disputas, como parceria ou Neutro permanente, antes de recorrer à mediação ou à arbitragem, impõe um atraso desnecessário. Como tal, muitos contratos simplesmente têm um caminho direto para a arbitragem ou o litígio. No entanto, o bom senso aponta para o fato de que, quanto mais cedo o problema for solucionado, maior a probabilidade de ele ser resolvido amigavelmente.

***Superando a barreira:*** analise um problema recente que foi para mediação e arbitragem. Disseque o caminho percorrido pelo problema, quanto tempo cada etapa demorou e quanto custou. A maioria das questões segue um caminho semelhante ao exemplo do Município versus Sindicato de Bombeiros e leva a um longo e demorado processo, com custos ocultos significativos. Mapear uma ou duas disputas deve ser revelador sobre por que seria melhor incorporar um Neutro Preventivo que pode acelerar o processo com uma recomendação antecipada enquanto o problema é pequeno.

***A percepção de que uma parte poderosa se beneficiará de um método ineficiente de Resolução de Disputas:*** infelizmente, as organizações que têm poder costumam usar (e abusar) de suas potências. Uma maneira de isso se manifestar em disputas é quando a parte poderosa atrai a parte mais fraca, esperando que esta ceda (especialmente devido ao custo de resolução da disputa). Usar o poder para influenciar um resultado normalmente origina-se do lado da compra em uma relação comprador-fornecedor, mas nem sempre. Por exemplo, a Mondelez International emitiu uma carta a todos os fornecedores informando que (independentemente do seu contrato) estaria mudando para um período de 120 dias o prazo de pagamento.<sup>114</sup> A maioria dos fornecedores - especialmente pequenas e médias empresas - simplesmente não pode lutar contra essa medida. Quando um comprador intencionalmente (ou talvez não saiba), está usando seu poder de influência negativamente, provavelmente levará a um comportamento negativo do fornecedor - mais frequentemente em comportamentos passivo-agressivos. Isso é pior depois que um contrato é assinado - especialmente para contratos grandes ou complexos, como acordos de terceirização difíceis e caros para serem alterados.

***Superando a barreira:*** esta barreira é a mais difícil de superar. Organizações e indivíduos que afirmam que preferem as abordagens baseadas no poder são improváveis de mudança. Nossa visão? Recuse-se a trabalhar com essas organizações ou com esses indivíduos. E, caso não tenha alternativa, no fator risco, você deverá ser compensado pelo mau comportamento e pelos aborrecimentos que terá.



## SOBRE OS AUTORES



**Kate Vitasek** é uma autoridade internacional por sua premiada pesquisa e pelo modelo de negócios Vested® para relacionamentos altamente colaborativos. Vitasek, um membro do corpo docente da Universidade de Tennessee, foi elogiada pela World Trade Magazine como um das “Fabulous 50 + 1” pessoas mais influentes que afetam o mundo do comércio. Seu trabalho resultou em sete livros, incluindo ***Vested: Como P&G, McDonald's e Microsoft estão redefinindo o sucesso em Relações de negócios e Como chegar ao Nós: negociando acordos para relacionamentos altamente colaborativos.***

Vitasek é conhecida por seus conselhos práticos e baseados em pesquisas para impulsionar a transformação e a inovação por meio de parcerias altamente colaborativas e estratégicas. Ela apareceu em Bloomberg, CNN International, NPR e Fox Business News.



**James P. Groton** é sócio aposentado do escritório de advocacia de Atlanta Sutherland, Asbill e Brennan (agora conhecido como Eversheds Sutherland LLC), onde dirigiu a Construção e Grupos de prática de prevenção e resolução de disputas. Groton conduziu pesquisas e escreveu extensivamente sobre processos usados na indústria de construção e sobre outros relacionamentos empresariais para prevenir e diminuir disputas (ver [www.jimgroton.com](http://www.jimgroton.com)).

Em seu trabalho para a Global Pound Conference (ver [www.jimgroton.com](http://www.jimgroton.com)), ele defendeu o uso mais amplo desses processos. Ele é formado pela Universidade de Princeton e pela Faculdade de Direito da Universidade da Virgínia.



**Dan Bumblauskas** é um professor associado e membro da Internacional Hamilton/ESP para cadeia de suprimentos e gerenciamento de logística na University of Northern Iowa. Também atua como vice-presidente da PFC Services, Inc., a consultoria sediada em Marietta, Geórgia; professor visitante da University of Washington Foster School of Business; e tem um compromisso de cortesia com a Universidade do Missouri Trulaske College of Business. Dan publicou mais de 40 artigos de periódicos acadêmicos e anais de conferências em várias empresas de gestão e engenharia.

Dan possui vários diplomas da Iowa State University e da Harvard University



## SOBRE OS COLABORADORES

Este trabalho foi possibilitado por várias organizações que tanto participaram de nossa pesquisa, quanto compartilharam exemplos e dados de pesquisa de apoio no uso de um Neutro Preventivo. A Universidade do Tennessee gostaria de agradecer às seguintes organizações, com reconhecimento especial para vários contribuintes individuais que revisaram este trabalho quanto à precisão e compartilharam suas experiências em relação ao uso do Neutro Preventivo.

**FASKEN** - Escritório de advocacia canadense. Agradecimentos especiais ao advogado e mediador **Jean H. Gagnon**, que foi o pioneiro da lei de franquia em Quebec, no Canadá, e é um dos fundadores do Quebec Franchise Council.

**SIREAS, LLC** - Uma empresa de consultoria com sede nos EUA, especializada em instalações de gestão terceirizadas e governança. Agradecimentos especiais ao presidente executivo do SIREAS **Michele Flynn**, que é uma visionária e especialista nas áreas de terceirização, instalações de gestão, imobiliário e governança.

**CI-Advisory** - uma empresa de consultoria australiana especializada em cadeia de suprimentos, relacionamento e gestão de riscos da cadeia de suprimentos. Agradecimentos especiais ao fundador **Andrew Downward**, que possui um Ph.D. na gestão da cadeia de abastecimento com foco em abordagens colaborativas e baseadas na confiança.

**Cirio** - um escritório de advocacia progressista na Suécia que é uma autoridade líder em práticas de relacionamentos de contratação. Agradecimentos especiais a **Erik Linnarsson** (Parceiro) e **Erik Engstrom** (Associado), que foram pioneiros em trazer técnicas preventivas para seus clientes.

**EY** - com um agradecimento especial a **Magnus Kuchler** (Parceiro) e **Amanda Lundell** (Gerente) da **Nordics Outsourcing Advisory Practice**. Sob sua liderança, a EY está trazendo uma abordagem prática e aplicada de como as empresas de consultoria podem aplicar a arte, a ciência e a prática de Neutros Preventivos na prática em seus negócios de terceirização.

**Grupo de Diretores Comerciais** - Agradecimentos especiais a **Jim Bergman** que incansavelmente promove liderança inovadora em contratações e práticas comerciais.



## FOR MORE INFORMATION

*The University of Tennessee* is highly regarded for its Graduate and Executive Education programs. Ranked #1 in the world in supply chain management research, researchers have authored seven books on the Vested business model and its application in strategic sourcing.



We encourage you to read the books on Vested, which can be found at most online book retailers (e.g., Amazon, Barnes and Noble) or at [www.vestedway.com/books](http://www.vestedway.com/books).

For those wanting to dig deeper, UT offers a blend of onsite and online courses including a capstone course where individuals get a chance to put the Vested theory in practice. Course content is designed to align to where you are in your journey ranging from Awareness to Mastery. For additional information, visit the University of Tennessee's website dedicated to the Vested business model at <http://www.vestedway.com/> you can learn more about our Executive Education courses in the Certified Deal Architect program. You can also visit our research library and download case studies, white paper and resources. For more information, contact [kvitasek@utk.edu](mailto:kvitasek@utk.edu).



\* Prerequisites for **Creating a Vested Agreement** class are:

*Five Rules, Is Vested Right?, Getting Ready, and the Vested 3-Day Executive Education Course*



Be working with a Vested Center of Excellence



## ENDNOTES

- 
- <sup>1</sup> Oliver E. Williamson, "Outsourcing: Transaction Cost Economics and Supply Chain Management," *Journal of Supply Chain Management* 44, no 2; 3 de abril de 2008. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1745493X.2008.00051.x>
- <sup>2</sup> Oliver Hart e John Moore, "Contracts as Reference Points", *The Quarterly Journal of Economics* CXXIII, No. 1; Fevereiro de 2008. Disponível em: <https://scholar.harvard.edu/files/hart/files/contractsasreferencepointsqje.pdf>
- <sup>3</sup> Veja o trabalho da Universidade do Tennessee sobre a metodologia de terceirização Vested em sete livros, incluindo os dois primeiros: *Terceirização Vested: cinco regras que irão transformar a Terceirização* e *Manual de Terceirização Vested*. Para exemplos de Neutro Preventivo na prática, veja os estudos de caso da Island Health e da Telia, que podem ser baixados gratuitamente em [www.vestedway.com](http://www.vestedway.com), na biblioteca de pesquisa.
- <sup>4</sup> Frank Goodnow Johnson, "The Geography of China", *National Geographic Magazine*, junho 1927, pp 661-662]. Johnson foi presidente da Universidade Johns Hopkins.
- <sup>5</sup> Michael McManus e Brianna Silverstein, "Brief History of Alternative Dispute Resolution in the United States," *Cadmus*, 1 de novembro de 2011. Disponível em: <https://www.cadmusjournal.org/article/issue-3/brief-history-alternative-dispute-resolution-unitedstates>
- <sup>6</sup> Earl S. Wolaver, "The Historical Background of Commercial Arbitration," *University of Pennsylvania Law Review*, December 1934, pp.132-146. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol83/iss2/26](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol83/iss2/26)
- <sup>7</sup> McManus e Silverstein, 101.
- <sup>8</sup> Ibid.
- <sup>9</sup> Ibid.
- <sup>10</sup> A série de conferências Global Pound foi inspirada pelo professor de direito de Harvard Roscoe Pound, e uma conferência de 1976 foi inspirada em seu nome; foi um ímpeto para o crescimento na popularidade da arbitragem e da mediação nos EUA. Veja "Conferência Global de Libras," em [https://en.wikipedia.org/wiki/Global\\_Pound\\_Conference](https://en.wikipedia.org/wiki/Global_Pound_Conference)
- <sup>11</sup> Mary Dunnewold, "What Every Law Student Should Know," *Student Lawyer*, outubro de 2009, Vol. 38, nº 2. Disponível em [https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011\\_build/dispute\\_resolution/what\\_every\\_law\\_student\\_should\\_know.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/what_every_law_student_should_know.pdf)
- <sup>12</sup> Louis M. Brown, *Manual of Preventive Law*, (Nova York: Prentice-Hall, 1950). Brown notoriamente argumentou: "Geralmente custa menos evitar ter problemas do que pagar para sair deles."
- <sup>13</sup> A. A. Mathews (Autor), Robert J. Smith (Autor), Paul E. Sperry (Autor), Robert M. Matyas (Autor, Editor), *Construction Dispute Review Board Manual*, (Nova York: McGraw-Hill, 1996). p. 10. Disponível em <https://www.amazon.com/Construction-Dispute-Review-BoardManual/dp/0070410607>
- <sup>14</sup> Ibid.
- <sup>15</sup> "Incentives in Construction Contracts," CII Source Document SD-8 (1986). Disponível em: <https://www.constructioninstitute.org/resources/knowledgebase/knowledgeareas/procurementcontracts/topics/r005/pubs/sd-8>
- <sup>16</sup> "Alocação de risco de contrato e eficácia de custo", CII Knowledge Base Research Study 5-3 (1988). Disponível em: <https://www.construction-institute.org/resources/knowledgebase/knowledgeareas/procurement-contracts/topics/rt-005/pubs/rs5-3>
- <sup>17</sup> James Edward Diekmann, Matthew J. Girard, Nader Abdul-Hadi, *DPI-Disputes Potential Index; A Study Into the Predictability of Disputes*, Construction Industry Institute, (Austin, Texas: The Institute, 1994).
- <sup>18</sup> M. C. Vorster, "Alternative Dispute Resolution in Construction With Emphasis on Dispute Review Boards Quadros de revisão", Documento de origem CII SD-95. 1993. Disponível em:



<https://www.constructioninstitute.org/resources/knowledgebase/best-practices/disputes-prevention-resolution/topics/rt-023 / pubs / sd-95>

<sup>19</sup> Ibid. 31

<sup>20</sup> J. P. Groton, "Dispute Resolution Devices for the Construction Industry: An Overview", The Punch List, vol. 13, nos. 3 e 4, 1990.

<sup>21</sup> "Prevenindo e Resolvendo Disputas de Construção", Centro de Recursos Públicos, dezembro 1991. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/alt.3810091208>

<sup>22</sup> Cathy A. Costantino e Christina Sickles Merchant, *Projetando Sistemas de Gestão de Conflitos: Um Guia para a Criação de Organizações Produtivas e Saudáveis*, (San Francisco: Jossey-Bass, 1996)

<sup>23</sup> Nicholas E. Brestoff, "Data Lawyers and Preventive Law," Legaltech News, outubro de 2012. Disponível em: <https://intrapexion.com/data-lawyers-and-preventive-law-1>

<sup>24</sup> Nicholas E. Brestoff e William H. Inmon, *Preventing Litigation: An Early Warning System to Get Big Value out of Big Data* (Nova York: Business Expert Press, 2015).

<sup>25</sup> Todd B. Carver e Albert A. Vondra, "Alternative Dispute Resolution: Why It doesn't Work and Why It Does," Harvard Business Review, maio-junho de 1994. Disponível em:

<https://hbr.org/1994/05/alternative-dispute-resolution-why-it-doesnt-work-and-why-it-does>

<sup>26</sup> "Alternative Dispute Resolution," Cornell Legal Information Institute, disponível em:

[https://www.law.cornell.edu/wex/alternative\\_dispute\\_resolution](https://www.law.cornell.edu/wex/alternative_dispute_resolution)

<sup>27</sup> Barton e Haapio colaboraram em livros e artigos sobre advocacia progressiva, que inclui conceitos como visualização, simplificação, inovação de contrato e colaboração e contratos "amigáveis aos negócios".

<sup>28</sup> Cummins escreve extensivamente sobre contratação colaborativa e relacional em seu Commitment Matters blog de assuntos para IACCM. Veja <https://blog.iaccm.com/commitment-matters-tim-cummins-blog>

<sup>29</sup> Bernard Mayer, *Beyond Neutrality: Confronting the Crisis in Conflict Resolution* (San Francisco: Jossey-Bass, 2004).

<sup>30</sup> Jim Groton é sócio aposentado do escritório de advocacia Sutherland, Asbill & Brennan LLP, onde anteriormente liderou o Grupo de Prática de Construção e a prática de Prevenção e Resolução de Disputas dessa empresa. Veja: [www.jimgroton.com](http://www.jimgroton.com)

<sup>31</sup> Vitasek é autora de sete livros sobre como criar e manter uma colaboração vantajosa para todos os contratos - conhecidos como terceirização Vested ou Vested Outsourcing - que formalmente incorporam muitas e melhores práticas de prevenção na metodologia Vested.

<sup>32</sup> Cornell, *Alternative Dispute Resolution*, Ibid.

<sup>33</sup> "Reducing Disputes Through Wise Prevention Processes in Business Agreements," CPR Prevention Practice Materials, novembro de 2010.

Disponível em: <https://www.cpradr.org/newspublications/articles/2010-11-23-cpr-prevention-practice-materials>

<sup>34</sup> A Global Pound Conference (GPC) foi uma série de conferências sobre resoluções alternativas de disputas (ADR) realizada em várias cidades de vários países em 2016/2017. O título da série de conferências foi "Moldando o Futuro da Resolução de Disputas e Melhorando o Acesso à Justiça". [1]. Foi organizado por iniciativa do Instituto Internacional de Mediação (IMI). A série foi inspirada no professor de direito de Harvard Roscoe Pound e em uma conferência de 1976 [2] com o seu nome, o que impulsionou o crescimento da popularidade da mediação nos EUA. A série GPC trouxe a conferência Global Pound para vários locais ao redor do mundo em 2016 e 2017, com o objetivo de sensibilizar para os diversos métodos de resolução de litígios disponíveis. Isso reuniu usuários, provedores e consultores para discutir os rumos futuros dos ADRs. [3]. Após o seu término, a plataforma GPC mudou para se tornar o Global Pound Conversation, um blog e uma base de pesquisas cobrindo mudanças e desenvolvimentos em mediação e resolução alternativa de disputas em todo o mundo.

<sup>35</sup> Ver David Obstfeld, "Social Networks, the Tertius Iungens Orientation, and Involvement in Innovation," *Administrative Science Quarterly*, março de 2005. Disponível em:

<https://journals.sagepub.com/doi/10.2189/asqu.2005.50.1.100>.



- Veja também Elizabeth Long Lingo e Siobhan Mahoney, Nexus Work: Brokerage on Creative Projects, *Administrative Science Quarterly*, março de 2010. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.2189/asqu.2010.55.1.47?relatedurls=yes&legid=spasq%3B55%2F1%2F47>
- <sup>36</sup> L. David Brown, “Bridging Organizations and Sustainable Development,” *Human Relations*, 44 (8), 807-831, 1991.
- <sup>37</sup> L.G. Zucker, “Production of trust: institutional sources of economic structure.” In: Staw, B. M., Cummings (Eds.), *Research in Organizational Behavior* 53-112. (Greenwich, CT: JAI Press, 1986).
- <sup>38</sup> J. S. Coleman, *Fundamentos da Teoria Social*. (Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard Imprensa Universitária, 1990).
- <sup>39</sup> F. Westley e H. Vredenburg, “Strategic bridging: the collaboration between environmentalists and business in the marketing of green products. 1991. *J. Appl. Comportamento Sci.* 27(1), 65-90.
- <sup>40</sup> R.S. Burt. *Structural Holes: The Social Structure of Competition* (New York: Harvard University Imprensa, 1992).
- <sup>41</sup> B. Noteboom, *Interfirm Collaboration, Learning and Networks: An Integrated Approach* (Londres: Routledge, 2004).
- <sup>42</sup> J. Howells, “Intermediation and the role of intermediaries in innovation,” 2006 *Res. Política* 5,715-728.
- <sup>43</sup> Noteboom, *Ibid*; Veja também: B. McEvily e A. Zaheer, “Architects of trust: the role of network facilitators in geographical clusters,” In: Kramer, R.M. e Cook, K.S. (Eds.), *Trust and Distrust in Organizations* (Nova York: Russell Sage Foundation, 2004). 89–213; e L. F. Mesquita, “Starting over when the bickering ends: rebuilding aggregate trust among clustered firms through facilitators,” *Acad. Gerir. Rev.*, 2007 31(1), 72–91.
- <sup>44</sup> Coleman, *Ibid.* e Noteboom, *ibid*.
- <sup>45</sup> Henry Adobor e Ronald S. McMullen, “Strategic purchasing and supplier partnerships—The role of a third-party organization,” *Journal of Purchasing and Supply Management*, dezembro 2014, 263-272. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1478409214000338>
- <sup>46</sup> Gillian K. Hadfield, *Rules for the Flat World* (Nova York: Oxford University Press, 2017). <https://www.amazon.com/Rules-Flat-World-Invented-Reinvent-ebook/dp/B01LYZXIVU>
- <sup>47</sup> Adobor e McMullen, *Ibid*
- <sup>48</sup> James P. Groton, “Jobsite Dispute Resolution,” *Preventing and Resolving Construction Disputes* (Chapter 6) CPR Institute 1991. Links: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/alt.3810091208> E <https://www.cpradr.org/resource-center/toolkits/construction-briefing-dispute-resolution-boardsother/res/id=Attachments/index=0/CPR-Dispute-Review-Boards-and-Other-Standing-NeutralsConstructiontitle.pdf>
- <sup>49</sup> O conceito de sombreamento foi desenvolvido pelo Prêmio Nobel Oliver Hart. O sombreamento não é um comportamento oportunista, mas sim um comportamento de retaliação em que uma parte deixa de cooperar, deixa de ser proativa, ou faz contramovimentos por causa da frustração de expectativas. O sombreamento ocorre quando uma parte não obtém o resultado que espera do acordo e sente que a outra parte é a culpada por isso, ou não age razoavelmente ajudando a mitigar as perdas. Resumindo – a ação de uma parte leva à reação da outra parte, criando o ciclo negativo olho por olho. Uma decepção leva à outra e o ciclo começa. O conceito de sombreamento faz sentido, especialmente com promoções. Em negócios complexos, um contrato sempre estará incompleto com lacunas, erros ou omissões, abrindo a porta para o comportamento de sombreamento após a assinatura do contrato. Os contratos tradicionais simplesmente não contêm mecanismos para evitar decepções.
- <sup>50</sup> M. Vorster, “Alternative Dispute Resolution in Construction With Emphasis on Dispute Review Boards,” *CII Source Document* 95 (1993). Disponível on-line em <https://kb.constructioninstitute.org/More-FilterOptions/result/Topics/RT-023/pubs/SD-95>.
- <sup>51</sup> R. Hafer, “Dispute Review Boards and Other Standing Neutrals: Achieving ‘Real Time’ Resolution and Prevention Disputes,” *CPR Briefing de Prevenção de Disputas: Construção*. (2010). Disponível online em



[https://www.cpradr.org/resource-center/toolkits/construction-briefing-disputeresolution-boards-other/\\_res/id=Attachments/index=0/CPR-Dispute-Review-Boards-and-OtherStanding-Neutrals-Constructiontitle.pdf](https://www.cpradr.org/resource-center/toolkits/construction-briefing-disputeresolution-boards-other/_res/id=Attachments/index=0/CPR-Dispute-Review-Boards-and-OtherStanding-Neutrals-Constructiontitle.pdf)

<sup>52</sup> Dispute Resolution Board Foundation (DRBF) Manual do Dispute Review Board (2007) Disponível online em [http://www.drb.org/manual\\_access.htm](http://www.drb.org/manual_access.htm).

<sup>53</sup> Ver Elton Mayo, “The Hawthorne Experiment. Western Electric Company (1933)” Capítulo 3 em Classics of Organization Theorys, 2016, p.134-141. Disponível em: <https://www.cengage.co.uk/books/9781285870274/1>

<sup>54</sup> S. Ayal, F. Gino, R. Barkan, and D. Ariely, “Three principles to REVISE people’s unethical behavior,” November 2015, Perspectives on Psychological Science, 10(6): 738-741. | Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/284184987\\_Three\\_principles\\_to\\_REVISE\\_people's\\_unethical\\_behavior](https://www.researchgate.net/publication/284184987_Three_principles_to_REVISE_people's_unethical_behavior)

<sup>55</sup> Robert Gaitskell, QC, “Current Trends in Dispute Resolution - Focus on ICC Dispute Resolution Boards,” Paper to the Society of Construction Arbitrators Annual Conference May 13 – 15, 2005. p 23. Disponível em: <https://www.constructionarbitrators.org/sites/default/files/local/browser/documents/DrGaitskellstalk1.pdf>

<sup>56</sup> EHW Chan, CKL Chan, MJ Hills, “Construction Industry Adjudication: A Comparative Study of International Practice,” Journal of International Arbitration, 2005, v. 22, no. 5, p. 363-374. Disponível em: <https://www.deepdyve.com/lp/kluwer-law-international/construction-industryadjudication-a-comparative-study-of-0MtQSJIEds>

<sup>57</sup> Esta seção foi extraída do trabalho de Jim Groton, um dos autores. Para uma discussão mais abrangente, veja o artigo escrito por J.P. Groton “The Standing Neutral: A Real Time Resolution Procedure That Also Can Prevent Disputes,” CPR Alternatives to the High Cost of Litigation (2009) 27(11): 177-185. (O boletim do International Institute for Conflict Resolution and Prevention)

<sup>58</sup> J.P. Groton and K. L. Dettman, “How and Why the Standing Neural Dispute Prevention and Resolution Technique Can Be Applied.” CPR Alternatives to the High Cost of Litigation (2011) 29(10): 177-192. (O Boletim do International Institute for Conflict Resolution and Prevention)

\*‡ Para uma discussão mais abrangente, consulte o artigo do Instituto Internacional para Prevenção de Conflitos “Como e por que a técnica do Neutro Preventivo na prevenção e resolução de disputas pode ser aplicada.” Veja a citação da nota final para referência completa.

<sup>59</sup> “An Introduction to Dispute Boards,” publicação do Chartered Institute of Arbitrators, Disponível em : [https://www.nysba.org/Sections/Dispute\\_Resolution/Materials/2017\\_Fall\\_Meeting/Panel\\_5\\_Combined.html](https://www.nysba.org/Sections/Dispute_Resolution/Materials/2017_Fall_Meeting/Panel_5_Combined.html)

<sup>60</sup> Ibid.

<sup>61</sup> Ver sobre Dispute Resolution Board Foundation FAQ em: <https://www.drb.org/concept/faq/>

<sup>62</sup> Chris Owens e Michele Flynn, “Locking in the Benefits of Outsourcing: Innovation, Cost Reduction, and Continuous Improvement at Microsoft” Leader, September 2005, 2–5.

<sup>63</sup> Rene Stemple Ellis, Geetha Ravindra, Neil Vidmar e Thomas Davis, “The Reversal Arbitration Board: An ADR Model for Resolving Intra-Corporate Disputes,” Journal of Dispute Resolution 1994 v4 93-110. Disponível em:

[https://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/1541/](https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1541/)

<sup>64</sup> O programa CDA da Universidade do Tennessee é modelado a partir de uma abordagem típica de jornada, em que os indivíduos devem aplicar seus conhecimentos na prática. Além do conhecimento adquirido na UT *in loco* e nos cursos, os candidatos a CDA também devem concluir o curso com a UT Validação que envolve a entrega de um contrato Vested. Ver <https://www.vestedway.com/certified-deal-architect-program/>

<sup>65</sup> Kate Vitasek e William DiBenedetto, “Telia and Veolia: From Supplier to Strategic Partner,” Universidade do Tennessee estudo de caso, Jan. 2019. Disponível em:



[https://www.vedstedway.com/wpcontent/uploads/2019/01/Telia\\_Veolia-case-study\\_short-version-PDF-Jan-30-2019-do-notdistribute.pdf](https://www.vedstedway.com/wpcontent/uploads/2019/01/Telia_Veolia-case-study_short-version-PDF-Jan-30-2019-do-notdistribute.pdf)

<sup>66</sup> Kate Vitasek, uma dos autores, estava diretamente envolvida neste exemplo.

<sup>67</sup> Entrevistas com Michele Flynn (Executive Chairman, SIREAS), June 20, 2019.

<sup>68</sup> Jim Groton, um dos autores, estava diretamente envolvido neste exemplo.

<sup>69</sup> Essa discussão foi adaptada do trabalho “A Real Example of the Use of Two Standing Neutrals to Bind a Business Relationship,” de James P. Groton.

<sup>70</sup> Kate Vitasek e William DiBenedetto, “The Island Health - Hospitalist Journey to Vested: A New Day, A New Way,” Universidade do Tennessee, estudo de caso,

Disponível em:

<https://www.vedstedway.com/wp-content/uploads/2018/11/Island-Health-TEACHING-case-study-2018.pdf>

<sup>71</sup> Ibid.

<sup>72</sup> David Frydlinger, Oliver Hart e Kate Vitasek, “A New Approach to Contracts,” Harvard Business Review, Setembro-Outubro 2019. Disponível em: <https://hbr.org/2019/09/a-newapproach-to-contracts>

<sup>73</sup> Emmaus-international website disponível em: <https://www.emmaus-international.org>

<sup>74</sup> “The Members of the Emmaus International Wise Persons Committee,” January 2011.

Disponível em: [http://emmaus-europe.org/wp-content/uploads/2014/12/En\\_Wise-person.pdf](http://emmaus-europe.org/wp-content/uploads/2014/12/En_Wise-person.pdf)

<sup>75</sup> Para elementos adicionais sobre práticas de prevenção feitas à medida específica para governança corporativa, veja IFC 2011, O’Neal 1978, na lista de referências.

<sup>76</sup> A citação de Brown está no Manual de Direito Preventivo. (Nova York: Prentice-Hall, 1950). Disponível em: [www.preventivelawyer.org](http://www.preventivelawyer.org)

<sup>77</sup> Hadfield, Ibid.

<sup>78</sup> Hadfield observa que os pesquisadores concordam que, embora existam dados, muito mais pode e deve ser feito para quantificar as vantagens de custo do uso de métodos ADR. Veja também Bingham et al, “Dispute Resolution and The Vanishing Trial: Comparing Federal Government Litigation and ADR Outcomes, Ohio State Journal of Dispute Resolution 2009 24 (2) 1-39

<sup>79</sup> Com base nas taxas horárias médias (\$ 300 para o advogado sênior no caso, \$ 195 para o advogado júnior e \$ 110 para o paralegal) e na quantidade média de tempo no caso (375 horas) = \$ 82.515(oitenta e dois mil, quinhentos e quinze dólares). Mais \$5.000 em testemunhas especializadas. Além disso, custas judiciais, cópias e outros custos.

<sup>80</sup> Inessa Love, “Settling Out of Court”, World Bank Group Viewpoint. Outubro de 2011. Disponível em:

<http://siteresources.worldbank.org/FINANCIALSECTOR/Resources/282044-1307652042357/VP329-Setting-out-of-court.pdf>

<sup>81</sup> Iva Bozovic, Gillian Hadfield, “Scaffolding: Using Formal Contracts to Build Informal Relations in Support of Innovation,” 25 de fevereiro de 2015. USC CLASS Research Paper No. C12-3; USC Law Legal Studies Paper No. 12-6. Disponível em:

<https://ssrn.com/abstract=1984915>

ou

[http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1984915https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1984915](http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1984915https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1984915)

<sup>82</sup> Esta pesquisa é representativa dos estudos existentes, embora não tente incluir todos eles. Para outras pesquisas de literatura, principalmente dos EUA, ver Bingham e outros (2009), Menkel-Meadow (a ser publicado) e Ward (2007). Muitos estudos são baseados na atribuição não aleatória de casos para ADR, o que deixa a preocupação de que as empresas que optaram por usar ADR possam divergir em alguns aspectos não observáveis de empresas que não o fizeram e, portanto, que os resultados podem ser atribuídos, pelo menos em parte, a essas diferenças e não à eficácia da ADR.

<sup>83</sup> Love, Ibid.

<sup>84</sup> Ibid.

<sup>85</sup> Kenneth P. Kelsey, “Mediation: The Sensible Means For Resolving Contract Disputes,” Mediate, 1996.

Disponível em: <https://www.mediate.com/articles/kelsey.cfm>



<sup>86</sup> Williamson, Ibid.

<sup>87</sup> Dispute Resolution Board Foundation Website está disponível em: <http://www.drb.org/>. Para download do Manual do DRBF Manual: <http://www.drb.org/concept/manual/> O projeto de base de dados do DRBF está disponível no: <https://www.drb.org/publications-data/drb-database/>

<sup>88</sup> Dr. Cyril Chern, Chern On Dispute Boards, 3rd Edition (Informa Law from Routledge, 2015) Disponível em: <http://www.chern.net/books/chern-on-disputboards3rd-edition/>

<sup>89</sup> Veja o Manual do DRBF 2019 em: <http://www.drb.org/concept/manual/> p 73

<sup>90</sup> Ibid. p 18

<sup>91</sup> Teliá-Veolia, Ibid.

<sup>92</sup> Kelsey, Ibid.

<sup>93</sup> <https://www.foxrothschild.com/publications/litigating-the-implicit-covenant-of-good-faith/>

<sup>94</sup> Frydinger, et. al. “Unpacking Relational Contracts: The Practitioner’s Guide for Understanding Relational Contracts,” Universidade do Tennessee, IACCM, CIRIO White Paper, Jan. 2019, Disponível em:

[http://www.vestedway.com/wpcontent/uploads/2016/10/Unpacking-RelationalContracting\\_v19.pdf](http://www.vestedway.com/wpcontent/uploads/2016/10/Unpacking-RelationalContracting_v19.pdf)

<sup>95</sup> Vitasek, et al., “Intel and DHLSC’s European Expansion of Vested,” estudo de caso da Unversidade do Tennessee, 2018. Disponível em:

<https://www.vestedway.com/wpcontent/uploads/2018/05/Intel-DHL-EMEA-TEACHING-case-study.pdf>

<sup>96</sup> Todd B. Carver e Albert A. Vondra, “Alternative Dispute Resolution: Why It Doesn’t Work and Why It Does,” Harvard Business Review, Maio-Junho 1994. Disponível em:

<https://hbr.org/1994/05/alternative-dispute-resolution-why-it-doesnt-work-and-why>

<sup>97</sup> B. Keith, K. Vitasek, K. Manrodt, J. Kling, Strategic Sourcing in the New Economy: Harnessing the Potential of Sourcing Business Models for Modern Procurement (New York: Palgrave Macmillan, 2016).

<sup>98</sup> Kate Vitasek e Karl Manrodt, com Jeanne Kling, Vested: How P&G, McDonald’s, and Microsoft are Redefining Winning in Business Relationships (New York: Palgrave Macmillan, 2012).

<sup>99</sup> “Best Practices for Performance-Based Contracting,” Office of Management and Budget, October 1998.

Disponível em: [https://obamawhitehouse.archives.gov/omb/procurement\\_guide\\_pbsc/](https://obamawhitehouse.archives.gov/omb/procurement_guide_pbsc/)

<sup>100</sup> Carver e Vondra, Ibid.

<sup>101</sup> Veja no “Guide to Dispute Resolution Processes” da American Bar Association’s. Disponível em:

[https://www.americanbar.org/groups/dispute\\_resolution/resources/DisputeResolutionProcesses/](https://www.americanbar.org/groups/dispute_resolution/resources/DisputeResolutionProcesses/)

<sup>102</sup> Ibid.

<sup>103</sup> “Three Surprising Facts about Conciliation,” The Law Dictionary. Disponível em:

<https://thelawdictionary.org/article/three-surprising-facts-conciliation/>

<sup>104</sup> Veja “Mini-Trial,” American Bar Association Dispute Resolution Process. Disponível em:

[https://www.americanbar.org/groups/dispute\\_resolution/resources/DisputeResolutionProcesses/mini-trial/](https://www.americanbar.org/groups/dispute_resolution/resources/DisputeResolutionProcesses/mini-trial/)

<sup>105</sup> Veja “Arbitration,” ABA Section of Dispute Resolution, Guide to Dispute Resolution Processes.

Disponível em:

[https://www.americanbar.org/groups/dispute\\_resolution/resources/DisputeResolutionProcesses/arbitration/](https://www.americanbar.org/groups/dispute_resolution/resources/DisputeResolutionProcesses/arbitration/)

<sup>106</sup> Clayton Browne, “Do Arbitrators Have to Be Lawyers?” Chron. Accessed, 03 de fevereiro de 2020.

Disponível em: <http://work.chron.com/arbitrators-lawyers-14405.html>

<sup>107</sup> Carver e Vondra, Ibid.

<sup>108</sup> “Arbitration,” ABA Section of Dispute Resolution, Ibid

<sup>109</sup> Carver e Vondra, Ibid.

<sup>110</sup> Jeff Summers, “Baseball Arbitration 101, Goofy Game for Dopey Lawyers,” Bleacher Report, 20 de janeiro de 2010. Disponível em:

<https://bleacherreport.com/articles/329705-baseball-arbitration-101-that-goofy-game-for-dopey-lawyers>

<sup>111</sup> “Litigation,” ABA Dispute Resolution Processes. Disponível em:

[https://www.americanbar.org/groups/dispute\\_resolution/resources/DisputeResolutionProcesses/litigation/](https://www.americanbar.org/groups/dispute_resolution/resources/DisputeResolutionProcesses/litigation/)



---

<sup>112</sup> Richard Susskind, *The End of Lawyers?* (Oxford New York, Oxford University Press, 2010).

<sup>113</sup> “Global Data Trends and Regional Differences,” *Global Pound Conference Series 2018*, p. 15. Disponível para download em:

<https://www.imimmediation.org/download/909/reports/35507/global-datatrends-and-regional-differences.pdf>

<sup>114</sup> Stephanie Strom, “Big Companies Pay Later, Squeezing Their Suppliers,” *New York Times*, 6 de abril de 2015. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2015/04/07/business/big-companies-paylater-squeezing-their-suppliers.html>

~~~~~  
Portuguese Version Published Spring 2022 by:

University of Tennessee  
Haslam College of Business  
ISBN: 978-1-959858-14-0

© Kate Vitasek, James Groton and Dan Bumblauskas 2022

The authors have chosen to make this paper is accessible through the Creative Commons under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

Please feel free to share this valuable resource. If you chose to use any information from this paper, please provide proper attribution.

Unpacking the Standing Neutral [white paper]. The University of Tennessee, Haslam College of Business. Spring 2022.

To learn more about Vested, visit the University of Tennessee’s dedicated website at [www.vestedway.com](http://www.vestedway.com)