

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO**

Anna Luíza Dal Molin

**A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO CONSTRUTIVA DE CONFLITOS
ENTRE FRANQUEADOR E FRANQUEADO**

Porto Alegre

2018

ANNA LUÍZA DAL MOLIN

**A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO CONSTRUTIVA DE CONFLITOS
ENTRE FRANQUEADOR E FRANQUEADO**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadoras: Prof.^a Kelly Lissandra Bruch e Prof.^a Simone Tassinari Cardoso.

Porto Alegre

2018

ANNA LUÍZA DAL MOLIN

**A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO CONSTRUTIVA DE CONFLITOS
ENTRE FRANQUEADOR E FRANQUEADO**

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade
de Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 11 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Kelly Lissandra Bruch

Prof.^a Simone Tassinari Cardoso

Orientadoras

Prof.^a Maria Cristina Cerezer Pezzella

Prof. Eduardo Scarparo

Ms. Maurício Brum Esteves

EPÍGRAFE

O conflito é luz e sombra, perigo e oportunidade, estabilidade e mudança, fortaleza ou debilidade, o impulso para avançar e o obstáculo que se opõe. Todos os conflitos contêm a semente da criação ou da destruição.

– Sun Tzu, *A arte da guerra*, século IV a.C.

RESUMO

A relação de franquia comercial (ou *franchising*) gera considerável quantidade de riqueza e empregos no Brasil e pode ser fonte de prosperidade para franqueador e franqueado. Tratando-se de uma relação humana, contudo, não está livre de conflitos. Estes podem ter consequências destrutivas ou construtivas, a depender do tipo de interação existente entre os envolvidos e dos métodos de processamento da controvérsia. A mediação propõe-se, como método autocompositivo, a oferecer aos mediandos, por meio do diálogo e da intermediação de terceiro imparcial, oportunidade para investigar soluções mutuamente benéficas ante a existência de interesses (aparentemente) conflitantes. A pergunta que este trabalho visa a responder é se (e como) a mediação pode se caracterizar como um método de resolução construtiva de conflitos entre franqueador e franqueado, sendo o objetivo geral responder a esse questionamento. O primeiro objetivo específico é conceituar o que se entende por “resolução construtiva de conflitos” conforme o referencial teórico adotado. O estudo da relação de franquia, de sua dinâmica de incentivos e dos conflitos existentes entre franqueador e franqueado é o segundo objetivo específico do trabalho e culmina na propositura de um caso hipotético-exemplificativo de conflito entre franqueador e franqueada. O terceiro e último objetivo específico é o estudo do método da mediação de conflitos e da descrição de algumas das técnicas/ferramentas à disposição do mediador na condução da negociação entre os envolvidos, utilizando o caso criado como ilustração de sua aplicação. A metodologia utilizada para realização do trabalho foi a exploratória. A partir da estrutura de estudo proposta, pode-se concluir que a existência de interesses objetivamente conflitantes e/ou de alternativas à negociação que superem as vantagens que podem ser auferidas por meio do diálogo torna menos provável a cooperação entre franqueador e franqueado. Contudo, nas demais situações, as técnicas de mediação descritas têm potencial para aumentar as chances de desenvolvimento de dinâmicas cooperativas entre os mediandos e, com isto, reduzir as chances de que seus conflitos se tornem destrutivos. Em qualquer dos casos, por meio de mecanismos que incentivem o endereçamento de emoções, necessidades e interesses dos envolvidos no conflito, a mediação pode permitir maior objetividade no tratamento das questões negociais e aumento da criatividade na geração de soluções que atendam mutuamente aos interesses de franqueador e franqueado. Pode diminuir, assim, as chances de escalada do conflito, polarização de interesses e perecimento (parcial ou total) da relação social pré-existente.

Palavras-chave: Mediação de conflitos. Franquia. Conflitos com consequências construtivas.

ABSTRACT

Commercial franchising generates a considerable amount of wealth and job places in Brazil and can be a source of prosperity for franchisor and franchisee. As any human relationship, however, it is not free of conflicts. These conflicts can have destructive or constructive consequences, depending on the type of interaction between those involved and the methods of processing the controversy. Mediation is a consensual dispute resolution method that aims to grant the parties involved in the conflictual situation, through dialogue and intermediation of an impartial third party (the mediator), the opportunity to investigate mutually beneficial solutions to the existence of (apparently) conflicting interests. This paper aims to answer whether (and how) mediation can be characterized as a method of constructive resolution of conflicts between franchisor and franchisee and its general objective is to answer this research question. Its first specific objective is to conceptualize what the expression "constructive resolution of conflicts" means according to the adopted theoretical framework. The study of the franchise relationship, its incentive dynamics and the existing conflicts between franchisor and franchisee is the second specific objective of this paper and culminates with the proposition of a hypothetical case-example of a conflict between franchisor and franchisee. The third and final specific objective of the paper is the study of the method of conflict mediation and the description of some of the techniques/tools available to the mediator in conducting the negotiation among the participants, using the case created as an illustration of their application. The methodology used to perform the work was the exploratory method. From the proposed study structure, it is possible to conclude that the existence of objectively conflicting interests and/or alternatives to a negotiated agreement that overcome the advantages that can be obtained through dialogue makes it less likely for cooperation to arise between franchisor and franchisee. However, in other scenarios, the described mediation techniques have the potential to increase the chances of developing cooperative dynamics between the participants and reduce the chances that their conflicts become destructive. In any case, through mechanisms that encourage the addressing of the emotions, needs and interests of those involved in the conflict, mediation can allow greater objectivity in the treatment of business issues and increase creativity in generating solutions that mutually meet the franchisor's and the franchisee's interests. Mediation can thus diminish the chances of escalating the conflict, the polarization of interests and the partial or complete perishment of the preexisting social relation.

Keywords: Conflict mediation. Franchising. Conflicts with constructive consequences.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	O CONFLITO	11
2.1	O “CONFLITO” DE QUE TRATA ESTE TRABALHO	12
2.2	CONFLITOS COM CONSEQUÊNCIAS CONSTRUTIVAS (OU PRODUTIVAS) <i>VERSUS</i> CONFLITOS COM CONSEQUÊNCIAS DESTRUTIVAS	14
3	A RELAÇÃO DE FRANQUIA	19
3.1	BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTRATO DE FRANQUIA.....	20
3.2	INCENTIVOS E EXPECTATIVAS DE FRANQUEADOR E FRANQUEADO	25
3.2.1	<i>Sob a perspectiva do franqueador</i>	26
3.2.2	<i>Sob a perspectiva do franqueado</i>	29
3.3	OS CONFLITOS ENTRE FRANQUEADOR E FRANQUEADO.....	31
3.4	CASO HIPOTÉTICO-EXEMPLIFICATIVO	38
4	A MEDIAÇÃO APLICADA AOS CONFLITOS ENTRE FRANQUEADOR E FRANQUEADO	41
4.1	MODELO DE MEDIAÇÃO ADOTADO COMO REFERENCIAL TEÓRICO.....	42
4.2	O MÉTODO DA ESCOLA DE NEGOCIAÇÃO DE HARVARD COMO MANEJO CONSTRUTIVO DO CONFLITO.....	45
4.3	CARACTERÍSTICAS E TÉCNICAS DA MEDIAÇÃO E A RESOLUÇÃO CONSTRUTIVA DE CONFLITOS ENTRE FRANQUEADOR E FRANQUEADO	51
4.3.1	<i>Pré-mediação como técnica</i>	52
4.3.2	<i>Organização da disposição física do ambiente</i>	54
4.3.3	<i>Confidencialidade</i>	55
4.3.4	<i>Relato dos mediandos</i>	57
4.3.5	<i>Pauta de trabalho</i>	59
4.3.6	<i>Esclarecer alternativas (MAANA)</i>	62
4.3.7	<i>Separar as pessoas dos problemas</i>	66
4.3.8	<i>Foco em interesses, não em posições</i>	69
4.3.9	<i>Geração de opções de ganhos mútuos</i>	74
4.3.10	<i>Utilização de critérios objetivos</i>	79
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	82
	REFERÊNCIAS	87

1 INTRODUÇÃO

O sistema comercial de franquia (ou *franchising*) é efetivo modo de expansão comercial. Franqueador e franqueado adentram a relação mantendo-se independentes entre si, mas unindo esforços para aumentar a distribuição de produtos ou serviços, com base em modelo de negócios completo já testado, dado a conhecer pelo franqueador ao franqueado em troca de remuneração econômica. Em 2017, o mercado de franquias movimentou no Brasil R\$ 163 bilhões, sendo responsável por mais de 1,1 milhão de postos de emprego (ABFa, 2018). São números expressivos, que justificam a atenção da academia a esta espécie de contratação.

Por se tratar de um arranjo comercial intrincado, com diversas obrigações que se prolongam no tempo, a existência de certa disposição à colaboração e à comunicação para a resolução de problemas é indispensável para a manutenção da relação entre franqueador e franqueado. Nesse sentido, os conflitos que podem surgir nesta interação são de diversas ordens de gravidades e emanam de diversas causas, podendo originar impactos negativos sobre a geração de riqueza que este formato comercial proporciona à sociedade. Por outro lado, essas controvérsias podem ser fator de mudança e de renovação, saneando a relação e gerando novas oportunidades de crescimento negocial. O modo de processamento do conflito detém papel chave na definição de quais serão as consequências das controvérsias entre franqueador e franqueado.

A mediação, por sua vez, é um método de resolução de conflitos cada vez mais em voga no Brasil. Com o advento da Resolução 125/2010 do CNJ e do Código de Processo Civil de 2015, o método passou formalmente a integrar nosso ordenamento jurídico e a despertar maior interesse sobre suas especificidades. Seja por ser vista como “alternativa” à judicialização excessiva vivenciada hoje – perspectiva que deixa de abordar diversas de suas vantagens –, seja por representar método que abrange mais questões e que trata de forma mais adequada os conflitos que surgem de relações continuadas, a mediação tem recebido atenção da literatura nacional.

A combinação de ambos os temas – relações de franquia e mediação – não será abordada pela primeira vez por este trabalho. A própria ABF – Associação Brasileira de Franquias firmou, em 2015, um convênio com o Centro de Solução de Disputas da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (CSD-ABPI), para “oferecer ao associado ABF uma opção de solução de conflitos com árbitros e mediadores especializados na área de *franchising*” (ABFb, 2018), além de ter disponibilizado Cartilha de Mediação, em que especificados de maneira

sucinta alguns exemplos e vantagens do uso do método na relação de franquia¹.

Nesse sentido, aprofundando a relação entre os assuntos, este trabalho visa a estudá-los conjuntamente para responder à seguinte pergunta de pesquisa: *se (e como) a mediação pode se caracterizar como um método de resolução construtiva de conflitos entre franqueador e franqueado*, sendo o objetivo geral do trabalho apresentar resposta a essa questão. A metodologia utilizada na pesquisa foi a exploratória, pois o trabalho tem a finalidade de aprofundar o conhecimento sobre os temas da resolução construtiva de conflitos, da relação de franquia e da mediação, e compreender como podem interagir de modo a produzir bases para a formulação de hipóteses e outras pesquisas sobre o assunto.

A escolha do tema foi fruto de uma percepção que acompanhou a autora durante os anos de faculdade e se exacerbou nos semestres finais do curso: a resolução de conflitos no Brasil ainda é, via de regra, demasiadamente focada nos interesses juridicamente tuteláveis e não nos interesses reais/amplamente considerados das partes. Esta foi percebida pela autora como a causa para um outro fato constatado, o de que muitas parcerias negociais acabam sendo interrompidas ou se deterioram ao ter, ante um conflito, a busca pelo Poder Judiciário como primeiro “remédio” receitado por advogados. Prejudica-se o valor que aquela atividade conjunta entregava à sociedade por não haver espaço e tempo para que as questões subjetivas do conflito sejam abordadas e para que opções criativas de ganhos mútuos possam aflorar. Além disso, a escolha foi informada pelos quatro anos de participação da autora no Grupo de Mediação do Serviço de Assessoria Jurídica (SAJU) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, e pela representação da universidade em “competições” nacionais de mediação empresarial, como as organizadas pela Câmara de Mediação e Arbitragem do Brasil – CAMARB.

Nessas experiências, a autora pôde vivenciar pessoalmente o potencial poder construtivo do método da mediação de conflitos, mesmo nos casos em que, *prima facie*, a partir da perspectiva limitada a que estão relegados os terceiros ao conflito, a autocomposição, ou ao menos a diminuição do potencial destrutivo dos conflitos, pareça cenário impossível. A autora quis, então, transformar esta percepção empírica em palavras e organizá-la cientificamente neste trabalho, utilizando a relação de franquia como base e exemplo. A escolha deste contrato/relação empresarial em específico teve como motor principal a proximidade que a autora teve com esta espécie de contrato em um estágio em escritório de advocacia (Teixeira Ribeiro Advogados) durante a faculdade. Ter trabalhado na construção negocial, na redação e

¹Cartilha disponível em: <https://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2015/06/abf-folheto-com-dobra-mediacao-para-interwebs-2015.pdf>. Acesso em 09 nov. 2018.

na revisão desse tipo de contrato causou encantamento pelo poder de replicar negócios bem-sucedidos a baixo custo, em um equilíbrio tão delicado de vantagens mútuas.

A título de delimitação do tema, importa destacar que foge ao escopo desta pesquisa analisar o fenômeno “conflito” sob todas as áreas do saber existentes. Igualmente, não se pretende adentrar nas peculiaridades da mediação judicial (aquela que ocorre como parte anterior ou incidental a uma relação processual judicial) e da mediação extrajudicial para diferenciá-las, com que no item 4.3 do trabalho serão abordadas técnicas comuns a ambas. Outrossim, as técnicas de mediação analisadas certamente não correspondem à totalidade das ferramentas existentes, e sim a uma amostra exemplificativa. Ainda, a tarefa de comparar o potencial construtivo que a mediação pode aportar aos conflitos entre franqueador e franqueado com o de outros métodos de resolução de conflitos (submissão à jurisdição estatal, à arbitragem, a terceiro adjudicador, a *dispute board*, à conciliação, etc.) é passo futuro da pesquisa, não compreendido neste trabalho.

Os objetivos específicos do trabalho correspondem aos capítulos de seu desenvolvimento. O primeiro capítulo trata do fenômeno do conflito e está dividido em duas partes. Na primeira (2.1), conceitua-se o que esta pesquisa denomina “conflito”. Na segunda parte (2.2), descreve-se a classificação dos conflitos segundo suas consequências – construtivas ou destrutivas – proposta por Deutsch (1973). Esta categorização permite que se descreva o que, na pergunta de pesquisa, é nomeado “resolução construtiva de conflitos”. Ademais, possibilita a elaboração de lista das características de um conflito com consequências construtivas (ou produtivas), métrica importante para responder se (e como) a mediação alcança catalisar sua ocorrência em conflitos entre franqueado e franqueador.

O segundo capítulo aborda a relação de franquia e os conflitos existentes entre franqueador e franqueado e está dividido em quatro partes. A primeira (3.1) aporta breves considerações sobre o contrato de franquia, como seu histórico, sua regulamentação por lei e sua natureza jurídica, além de abordar as assimetrias existentes, via de regra, entre os contratantes. A segunda (3.2) apresenta razões e expectativas que levam franqueador (3.2.1) e franqueado (3.2.2) a iniciar uma relação de *franchising*, o que auxilia na compreensão dos conflitos entre os envolvidos – descritos, com base em estudos teóricos e empíricos, no setor seguinte (3.3). Na última parte do capítulo (3.4), a autora apresenta um caso hipotético-exemplificativo de conflito entre franqueador (João, sócio majoritário e administrador da Consertamos LTDA. e fundador da rede de franquia Consertamos) e franqueada (Maria). O caso foi construído de modo a abarcar vários (senão todos) os conflitos descritos a nível teórico no item 3.3 e tem como objetivo a ilustração das técnicas de mediação no item 4.3 do trabalho.

O último capítulo do desenvolvimento trata da mediação aplicada a conflitos entre franqueador e franqueado. Em sua primeira parte (4.1), a autora apresenta o modelo de mediação escolhido como referencial teórico (mediação tradicional de Harvard), bem como apresenta as características do mediador neste modelo – facilitador da negociação entre as partes. Posteriormente (4.2), expõe-se o paradigma de negociação direta que informa a atuação do mediador, qual seja, aquele descrito por Fisher, Ury e Patton na obra “Como chegar ao sim”², e seus quatro postulados fundamentais. Por fim, no último item do desenvolvimento do trabalho (4.3), apresenta-se algumas das técnicas de mediação direcionadas a facilitar a negociação entre os mediandos e propõe-se reflexão sobre se, e em que medida, direcionam o conflito a uma resolução construtiva.

2 O CONFLITO

O conflito está presente em todas as relações sociais. Onde houver seres complexos, dotados de aspirações, necessidades e emoções, haverá percepções diversas da realidade, objetivos diferentes (não necessariamente contrapostos), mudanças de pensamento e de comportamento, e, por consequência, conflitos.

O presente capítulo, que aborda o tema do conflito, é dividido em duas partes. Na primeira (2.1), apresenta-se o fenômeno que se denomina “conflito” no trabalho, com ênfase na ideia de que é proposto como um conceito mais amplo do que aquele de lide judicial – por abordar também aspectos sociais e psicológicos das partes –, bem como transborda a ideia de competição – vez que, como entendido neste trabalho, o conflito pode dar azo a dinâmicas colaborativas.

Em seguida (2.2), o foco é a classificação proposta por Deutsch (1973) com base nas consequências das controvérsias – construtivas ou destrutivas. Esta categorização permite que se descreva o que, na pergunta de pesquisa, é descrito como “resolução construtiva de conflitos”. Ademais, possibilita a elaboração de lista das características de um conflito com consequências construtivas (ou produtivas) – apresentada em forma de tabela. Estas características são importantes para comparar os efeitos potenciais da mediação e de suas técnicas, descritos ao longo do quarto capítulo do trabalho, e verificar se (e como) a mediação pode alcançar catalisar sua ocorrência em conflitos entre franqueado e franqueador.

² Publicada pela primeira vez em 1991, nos Estados Unidos da América.

2.1 O “CONFLITO” DE QUE TRATA ESTE TRABALHO

O conceito de conflito, bem como o dos demais fenômenos intrínsecos à realidade humana – v. g., “felicidade”, “sociedade”, “amor” – é polissêmico e pode ser objeto de diversas áreas do conhecimento. As Ciências Sociais, a Psicologia, a Pedagogia, a Ciência da Administração, a História, a Etnografia, a Estatística, a Economia e inclusive a Matemática têm buscado definir o conflito e entender suas causas e manifestações (LUCENA FILHO, 2012, p. 24).

Mesmo o Direito, ainda que esta não seja sua função típica, precisa em certa medida conceituar “conflito” para dele poder tratar. Nesse contexto, o vocábulo é, por vezes, usado como sinônimo de “controvérsia”, “disputa”, “lide” e “litígio” (TARTUCE, 2017, p. 3). A identificação do conceito com o termo “controvérsia” é congruente com o presente estudo. Como aponta Tartuce (2017, p. 4), a própria Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) utiliza os termos de forma intercambiável, como, por exemplo, no art. 1º³.

Por outro lado, a utilização do termo “disputa” como sinônimo de conflito poderia causar confusão nesta monografia. Como adiante se demonstra em mais detalhe, o sistema de competição (em geral identificado com o termo “disputa”) é apenas uma das formas pelas quais o conflito se manifesta (DEUTSCH, 1973, p. 35) – em contraposição à cooperação. Assim, chamar o objeto de pesquisa deste trabalho de “disputa” poderia aportar a ideia errônea de que os conflitos ora analisados seriam apenas aqueles em que a dinâmica existente entre as partes envolvidas é de competição, o que não se aplica.

Tampouco seria adequado para as finalidades desta pesquisa utilizar “conflito” como equivalente a “lide” ou “litígio”. Essas últimas expressões remetem ao vocábulo latino *litis*: pleito, demanda, luta, processo (GRAJALES *apud* TARTUCE, 2017, p. 4, nota 2). *Litis*, por sua vez, remete à realidade do *processo judicial*. Sendo esta pesquisa voltada à verificação das possibilidades do uso da mediação para solução construtiva de conflitos, o termo “conflito” terá de ser utilizado para nomear fenômeno cuja existência independe da instauração de uma relação processual jurisdicional. Em outras palavras, ainda que o conflito exista também no processo, o conceito aqui adotado é mais amplo do que o “conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida” – conceito de lide proferido por Carnelutti (*apud* TARTUCE, 2017, p. 4).

³Lei nº 13.140/2015. Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.
Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. (sem destaque no original)

Nesse sentido, ao traçar estudo sobre o conceito de conflito voltado à “teoria do conflito”, Freitas Jr. (2014, p. 12) descreve esta distinção:

[N]ão há correspondência necessária entre conflito e disputa processual, quer sob o ângulo temático, quer mesmo sob o subjetivo. [...] E não há correspondência necessária, entre conflito e disputa processual, pelo singelo motivo de que não há coincidência fenomênica entre eles. Conflito e processo são fenômenos de predicacões distintas; ainda que se reconheça que o processo judicial foi originariamente criado com a ambição de ser o continente do conflito. (FREITAS JR., 2014, p. 12)

O autor também afirma que a mediação pode aportar à teoria do conflito precisamente a modificação do ponto de vista: levar a observação do conflito para fora dos limites da lide, “exatamente onde e a partir de uma perspectiva que o Judiciário não está aparelhado a fazê-lo” (FREITAS JR., 2014, p. 12).

Importa dizer que o conceito de conflito adotado por este trabalho não será aquele que se identifica em meras competições esportivas, em disputas políticas, em concorrência de mercado, em diferenças de ideias no plano da literatura, tampouco necessariamente na demanda heterocompositiva⁴. Ainda que possam coloquialmente ser denominadas conflitos, estas situações não serão assim chamadas nesta monografia.

Os conflitos abordados nesse trabalho são aqueles que Tartuce (2017, p. 4) – apoiada na conceituação de Folger (2004) – chama de “crises na interação humana”. Os fenômenos que Dinamarco (*apud* TARTUCE, 2017, p. 6) refere como “situação objetiva caracterizada por uma aspiração e seu estado de não satisfação, independentemente de haver ou não interesses contrapostos”.

Como se percebe, os conceitos da Ciência Jurídica tradicional – voltados à normatividade e ao controle das condutas humanas – não bastam para análise satisfatória das características dos conflitos que se pretende abordar nesta pesquisa, nem de suas causas e possíveis consequências. Os saberes da Sociologia do Direito e ciências afins serão de grande valia para tanto (LUCENA FILHO, 2012, p. 7). Certamente, transbordaria os limites deste trabalho debruçar-se sobre todas as perspectivas e áreas do conhecimento por meio dos quais o conflito já foi estudado. Elege-se, portanto, uma delas.

Parecem ser fontes satisfatórias de abordagem interdisciplinar as obras dos professores

⁴ A diferença entre autocomposição e heterocomposição surge da análise do critério “agente com capacidade de decisão sobre o conflito”: nos métodos autocompositivos (como mediação, conciliação e negociação), o poder de compor os interesses emana dos envolvidos na controvérsia; nos métodos heterocompositivos (jurisdição, arbitragem, adjudicação por terceiro imparcial), pessoa externa à dinâmica do conflito detém o poder para decidir sobre ele.

norte-americanos Morton Deutsch (1973), Christopher Moore (1998), William Ury, Bruce Patton e Robert Fisher (2014), por exemplo, que avançaram em muito na conformação do que se poderia chamar uma “Ciência da Resolução de Conflitos”. Uma área do saber que ainda engatinha na literatura nacional, mas que nos Estados Unidos já cunhou conceitos (dialogando, por certo, com outras ciências), logrando traçar suas próprias bases teóricas sobre a negociação e a mediação.

Assim, mais efetivo do que tentar cunhar um conceito próprio de conflito (escopo que foge ao propósito desta pesquisa), é introduzir que o trabalho trata de situações em que pessoas e empresas – mais especificamente, franqueado e franqueador – deparam-se com dissenso (aparentes/percebidos ou reais) sobre combinados, objetivos, expectativas, obrigações, relação interpessoal e interorganizacional, em suma, sobre aspectos diversos de sua interação.

2.2 CONFLITOS COM CONSEQUÊNCIAS CONSTRUTIVAS (OU PRODUTIVAS) VERSUS CONFLITOS COM CONSEQUÊNCIAS DESTRUTIVAS

Ainda a título de definições introdutórias, para lograr responder se e como a mediação pode contribuir para resolução construtiva dos conflitos entre franqueador e franqueado, faz-se necessário expor a “categorização dos conflitos conforme suas consequências” proposta por Deutsch (1973). Esta serve para melhor compreender o fenômeno do conflito e para definir o quê, na pergunta de pesquisa, é chamado de “resolução construtiva” de conflitos.

Deutsch (1973), movido pelo horror vivenciado em razão da destruição de Hiroshima e Nagasaki por bombas atômicas norte-americanas, dedicou grande parte de sua vida acadêmica a investigar os meios para evitar que conflitos se tornem destrutivos. Para tanto, propôs a distinção entre conflitos (ou processos de resolução de conflitos) com consequências construtivas e conflitos com consequências destrutivas⁵.

Pode-se perceber que a categorização exposta se funda na ideia de que o conflito pode

⁵ A título de breve nota, pode-se perceber que a categorização exposta permite antever a ideia de que o conflito pode ter consequências produtivas e que, portanto, não é intrinsecamente “mau”, nem deve necessariamente ser evitado. Pelo contrário: quando endereçado de maneira construtiva, o conflito pode ser fonte de mudança e crescimento pessoal e social, prevenir estagnações, estimular o interesse e a criatividade (DEUTSCH, 1973, p. 34), em suma, gerar valor para os envolvidos a partir do rompimento ou da adequação do *status quo* pré-conflito. Partindo desta perspectiva, há autores que entendem inadequado o uso da expressão “resolução” de conflitos, visto que seria fenômeno inerente à vida em sociedade e salutar para ela (BARBOSA, 2015, p. 79). Em substituição, propõem a noção de “composição” como “reorganização e a estruturação da situação com uma nova disposição” (TARTUCE, 2017, p. 17) ou de “transformação do conflito”, como propugna Costa (2003) com base em Warat, como mais adequadas à perspectiva positiva do conflito. Mesmo que se reconheça valor nestas distinções terminológicas, os termos “resolução”, “manejo”, “transformação” e “composição” serão utilizados como sinônimos para fins deste trabalho.

ter consequências produtivas e que, portanto, não é intrinsecamente “mau”, nem deve necessariamente ser evitado. Pelo contrário: quando endereçado de maneira construtiva, o conflito pode ser fonte de mudança e crescimento pessoal e social, prevenir estagnações, estimular o interesse e a criatividade (DEUTSCH, 1973, p. 34), em suma, gerar valor para os envolvidos a partir do rompimento ou da adequação do *status quo* pré-conflito.

Estudiosos do sistema de franquia como um canal de distribuição comercial, tema que será aprofundado nos próximos capítulos, notam que esta premissa é especialmente verdadeira nessa relação: “a existência de algum grau de conflito no canal de distribuição é positiva, pois pode forçar os parceiros do canal a reavaliar seus papéis e atuar de forma a tornar o canal mais eficiente” (HUNT, 1995; ROSENBLOOM, 1973 *apud* TIKOO, 2005, p. 331). Entretanto, em razão da grande quantidade de obrigações que as partes suportam para manter o valor da marca franqueada, bem como em razão da assimetria de poder existente em favor do franqueador, o nível de conflito no sistema de franquia pode atingir patamar em que se torne prejudicial (TIKOO, 2005, p. 331), sendo importante traçar estratégias eficientes para endereçar as controvérsias.

Retomando a distinção proposta por Deutsch (1973), um conflito tem consequências destrutivas se suas conclusões geram insatisfação nos envolvidos, que sentem que, como resultado do conflito, perderam. Por outro lado, um conflito produtivo/construtivo remete os envolvidos à sensação de que, resolvido o conflito, ganharam. O autor estipula uma lógica de quantidade para os conceitos: “também, na maioria das vezes, um conflito cujos efeitos são satisfatórios para todos os participantes será mais construtivo do que um que seja satisfatório para uns e insatisfatório para outros” (DEUTSCH, 1973, p. 35).⁶

Azevedo (2015, p. 18-19) descreve com precisão a diferenciação entre processos *construtivos* e *destrutivos* proposta por Deutsch⁷. Sobre os processos destrutivos, Azevedo refere que⁸:

⁶ O autor chama a atenção para a dificuldade em identificar e medir satisfações-insatisfações e ganhos-perdas em conflitos complexos em comparação com fazê-lo em conflitos produzidos e avaliados em laboratório. Contudo, destaca que, mesmo em conflitos cotidianos intrincados “não é impossível comparar conflitos em relação a seus efeitos” (DEUTSCH, 1973, p. 41).

⁷ Em classificação com os mesmos efeitos, Burbridge (2012), classifica os conflitos como produtivos e não produtivos “Os primeiros são aqueles que [...] provocam mudanças, criando um valor líquido positivo para a organização. Os não produtivos (ou contraprodutivos ou, às vezes, chamados de disfuncionais) são aqueles que destroem valor, impedem colaboração e geram prejuízos significativos” (BURBRIDGE, 2012, p. 30, *apud* ALBUQUERQUE; LADEIRA; LAROCCA, 2016, p. 556).

⁸ Quanto ao item da expansão do conflito em processos destrutivos, Deutsch (1973, p. 53) explica que ela pode dar-se em várias dimensões, ou seja, que podem aumentar “o tamanho e o número das questões imediatamente envolvidas; o número de motivos e participantes implicados em cada lado da questão; o tamanho e número dos princípios e precedentes que parecem estar em risco; os custos com os quais os participantes estão dispostos a

Para Deutsch (...), um processo destrutivo se caracteriza pelo enfraquecimento ou rompimento da relação social preexistente à disputa em razão da forma pela qual esta é conduzida. Em processos destrutivos, há a tendência de o conflito se expandir ou se tornar mais acentuado no desenvolvimento da relação processual. Como resultado, tal conflito frequentemente torna-se “independente de suas causas iniciais”, assumindo feições competitivas nas quais cada parte busca “vencer” a disputa e decorre da percepção, na mais das vezes errônea, de que os interesses das partes não podem coexistir. Em outras palavras, quando as partes estão em processos destrutivos de resolução de disputas, concluem tal relação processual com esmaecimento da relação social preexistente à disputa e acentuação da animosidade decorrente da ineficiente forma de conduzir o conflito (AZEVEDO, 2015, p. 18-19).

Os processos construtivos, por sua vez:

[...] seriam aqueles em razão dos quais as partes concluiriam a relação processual com um fortalecimento da relação social preexistente à disputa. Para esse professor, processos construtivos caracterizam-se:

- a) pela capacidade de estimular as partes a desenvolverem soluções criativas que permitam a compatibilização dos interesses aparentemente contrapostos;
- b) pela capacidade das partes ou do condutor do processo (e.g. magistrado, árbitro ou mediador) de motivar todos os envolvidos para que prospectivamente resolvam as questões sem atribuição de culpa ou ao menos sem a percepção da existência de um vencido e um vencedor;
- c) pelo desenvolvimento de condições que permitam a reformulação das questões diante de eventuais impasses; (...) e
- d) pela disposição das partes ou do condutor do processo para abordar, além das questões juridicamente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam influenciando a relação (social) das partes (AZEVEDO, 2015, p. 18-19).

Deutsch (1973, p. 35) identifica, ainda, relação entre as consequências dos conflitos e seus meios de processamento. Nesse sentido, *dinâmicas cooperativas* tendem a resultar em conflitos construtivos, enquanto *dinâmicas competitivas* geralmente ocasionam conflitos ao menos parcialmente destrutivos, visto que são pautados pela lógica de “perde-ganha”⁹.

Em breves linhas, o processo competitivo tende a gerar: comunicação não-confiante e empobrecida entre as partes; percepção de que solução pelo conflito só pode surgir de imposição, por um lado ao outro, por meio de força, fraude ou esperteza – o que leva as partes a um “cabo-de-guerra” sobre o poder de impor suas preferências sobre o outro; a sensibilidade a diferenças aumenta, enquanto a sensibilidade a similaridades diminui – o que aumenta a chance de comportamentos ultrajantes reservados para aqueles que não são considerados iguais (DEUTSH, 1973, p. 54).

A *contrario sensu*, processos colaborativos/cooperativos são aqueles que logram

arcar em relação ao conflito; o número de normas de conduta moral que se derogam no comportamento para com o outro lado; e a intensidade de atitudes negativas para com o outro lado”.

⁹ Para um estudo aprofundado dos efeitos da cooperação e da competição, baseado em pesquisas empíricas, veja-se Deutsch, 1973, p. 44-50.

minimizar estes efeitos: beneficiam a comunicação honesta e aberta de dados e informações entre os participantes – permitindo a abordagem de questões subjetivas e a soma dos recursos intelectuais para solução das questões, além de diminuir a chance de mal-entendidos; torna mais provável o reconhecimento da legitimidade dos interesses da outra parte, restringindo as tentativas de influência mútua ao processo de persuasão (evitando o uso de fraudes ou ameaças) e colocando como objetivo o aumento de recursos e poder mútuos; e, por fim, gera atitude de confiante e amistosa, estimulando a convergência de crenças e valores por aumentar a sensibilidade das partes a semelhanças (DEUTSCH, 1973, p. 63).

Um aspecto fundamental nesta distinção é a constatação de que as circunstâncias objetivas (escassez de certo recurso, por exemplo) que cercam o conflito não são as únicas a determinar se o conflito vai surgir e como ele será processado pelas partes. Aspectos subjetivos (a percepção dos envolvidos sobre o outro e sobre as circunstâncias objetivas, sobre os aspectos psicológicos e sobre os aspectos valorativos) determinam o conflito de forma crucial. Assim, explica Deutsch (1973, p. 36):

Tomando o conflito um rumo produtivo ou destrutivo, está aberto a influências mesmo sob as condições objetivas mais desfavoráveis. Similarmente, até mesmo sob as circunstâncias objetivas mais favoráveis, fatores psicológicos podem fazer um conflito tomar um rumo destrutivo. A importância do conflito “real” não pode ser negada; todavia, o processo psicológico de percepção e avaliação também é “real”, e está envolvido na transformação de condições objetivas em conflito experimentado.

Com base nos parágrafos anteriores, e como aporte interpretativo deste trabalho, apresenta-se a tabela comparativa abaixo:

Tabela 1 – Processos Destrutivos v. Processos Construtivos de Solução de Conflitos:

	Processos Destrutivos de Solução de Conflitos	Processos Construtivos de Solução de Conflitos
Forma de interação incentivada	Competição	Cooperação
Percepção dos interesses	Tendem a ser percebidos como incompatíveis entre si, ainda que objetivamente não o sejam	Ainda que inicialmente percebidos como contrapostos, há incentivo para que os envolvidos gerem soluções criativas que permitem compatibilizá-los
Comunicação entre os envolvidos	Não-confiante e empobrecida	Honesta e aberta, que permite a abordagem de questões subjetivas e a soma dos recursos intelectuais para solução das questões, além de diminuir a chance de mal-entendidos
Estratégias de interação com o outro	Uso de força/poder, fraude ou esperteza	Persuasão por meio de argumentos
Quanto ao tratamento de interesses juridicamente não	Pouca ou nenhuma atenção	Toda e qualquer questão que influencie a relação social entre os

tutelados		envolvidos pode ser endereçada
Consequências para o conflito em si	Tende a se expandir e a tornar-se mais acentuado, dissociando-se de suas “causas iniciais”	Tende a ser normalizado e, a partir de um enfoque prospectivo, supera-se a alocação de “culpa” e de rótulos de “vencedor” e “vencido” (superação da lógica do “perde-ganha”)
Visão do “outro”	Diferente de mim, pois sensibilidade à diferenças é aumentada	Titular de interesses legítimos, pois a sensibilidade a semelhanças é aumentada
Consequências para a relação social preexistente	Enfraquecimento ou rompimento	Fortalecimento

Fonte: elaboração própria, com base na obra de Deutsch (1973) e Azevedo (2015).

Como raramente há aspectos da realidade que tornem o conflito necessariamente competitivo – em que uma parte inevitavelmente perde o que a outra ganha¹⁰ – este trabalho visa a observar como a mediação alcança tornar o mais construtivo possível o endereçamento de conflitos em que interesses comuns, divergentes e contrapostos convivem na relação entre franqueador e franqueado. Neste tipo de controvérsia, uma série de efeitos é possível (perda mútua, ganho para um e perda para outro, e ganho mútuo) e o resultado é influenciado em larga medida por sua forma de processamento.

Ademais, o trabalho vale-se dos ensinamentos de que (i) as circunstâncias do mundo externo às partes são relevantes para o surgimento e o desenrolar dos conflitos, mas que (ii) as circunstâncias psicológico-valorativas que nascem dos envolvidos *também* têm consequências sobre estes fenômenos.

Assim, destaca-se que, para verificação da “construtividade” de determinado processamento de um conflito, são insuficientes os critérios exclusivamente objetivos (como aqueles geralmente aferidos nas controvérsias endereçadas por meio da jurisdição), como, por exemplo, qual parte saiu do conflito com mais pedidos providos ou com mais riqueza objetiva (os valores que ganhou ou deixou de perder) conquistada. A ideia de “construtividade” perpassa necessariamente a satisfação percebida pelos envolvidos e, como referido anteriormente, as questões subjetivas da relação.

Portanto, levando em consideração os aspectos acima mencionados, a expressão “resolução construtiva de conflitos”, utilizada como conceito estruturante na pergunta de pesquisa deste trabalho, pode ser entendida como forma de resolução que possa fomentar nos envolvidos e sobre o conflito:

Característica A: dinâmica de cooperação, caracterizada por:

A.1: percepção de que interesses podem ser (parcialmente) compatibilizados;

¹⁰ O que Deutsch chama de “conflito puro” (1973, p. 41).

A.2: percepção de que não necessariamente haverá um “ganhador” e um “perdedor” ao final do procedimento;

A.3: percepção de que, quanto a objetivos/interesses comuns, os envolvidos podem somar esforços para alcançá-los e, quanto a objetivos/interesses diversos ou contrapostos, os envolvidos podem somar recursos intelectuais para solucionar impasses;

Característica B: comunicação aberta e honesta;

Característica C: endereçamento de toda e qualquer questão que influencie a relação entre os envolvidos, não apenas questões objetivas ou interesses juridicamente tutelados;

Característica D: normalização do conflito e enfoque prospectivo para sua resolução;

Característica E: visão do “outro” como titular de interesses legítimos, ainda que contrapostos aos seus;

Característica F: fortalecimento da relação social preexistente.

Tomando por base essas características, os próximos capítulos do trabalho visam a atender seu objetivo geral, que é verificar se (e como) a mediação pode influenciar franqueador e franqueado a solucionarem seus conflitos de forma construtiva. Para tanto, no capítulo seguinte (3) serão analisados: a relação de franquia, apontando algumas de suas características, as expectativas das partes ao adentrar na relação e, o mais relevante, os conflitos que dela possam surgir. Tal análise permitirá traçar panorama das controvérsias que servirá para o esboço de um caso hipotético ao qual, no capítulo final do desenvolvimento (4), serão aplicadas técnicas de mediação para verificar se esse método tem o potencial de tornar construtivo e (ou, ao menos, aumentar a construtividade do) processamento dos conflitos entre franqueador e franqueado.

3 A RELAÇÃO DE FRANQUIA

O *franchising* ou “sistema de franquia” é um tipo de configuração comercial por meio da qual empreendedores independentes unem esforços para estabelecer e/ou expandir suas atividades econômicas. O franqueador detém a *expertise* sobre seu modelo de negócios e a titularidade de uma marca já testada no mercado; o franqueado tem o ímpeto de iniciar um negócio e o capital necessário para tanto. Em breve síntese, ambos se colocam na condição de *parceiros comerciais* para que o franqueador estenda suas vantagens competitivas ao

franqueado em troca do pagamento de contraprestação pelo franqueado e da expansão dos canais de distribuição de produtos e/ou serviços da marca do franqueador.

Como todas as relações humanas, contudo, também o *franchising* está sujeito ao surgimento – real ou percebido – de conflitos entre os interesses dos envolvidos. Seja a nível pessoal ou organizacional, franqueador e franqueado podem dissentir em relação a combinados contratuais, objetivos e/ou expectativas, e estas controvérsias podem tomar rumos destrutivos ou construtivos, como visto no capítulo anterior (2).

No presente capítulo, antes de analisar especificamente tais conflitos, expõem-se algumas considerações iniciais sobre o contrato de franquia, de modo a contextualizar a discussão (3.1). No item seguinte, investigam-se os incentivos e expectativas das partes – tão intimamente ligadas à percepção do conflito – ao adentrar essa relação (3.2). Posteriormente, são elencados os conflitos mapeados pela literatura de áreas do saber como o *Marketing* e a Administração de Empresas como recorrentes entre franqueador e franqueado (3.3). Por fim, a autora, baseada nos conflitos descritos, propõe um exemplo hipotético de conflito entre franqueado e franqueador (3.4), que servirá de base fática para exemplificação das técnicas de mediação no derradeiro capítulo do desenvolvimento deste trabalho (4.3).

3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTRATO DE FRANQUIA

A título de breve histórico, a relação de franquia (ou *franchising*) como estratégia de expansão de um modelo de atividade que visa ao lucro remonta à Idade Média. Barroso (2002, p. 13) afirma que reis da “Época dos Descobrimentos” e a Igreja Católica já permitiam que terceiros – navegadores e senhores feudais, respectivamente – agissem em seu nome para, nesta ordem, colonizar novas terras e cobrar impostos, aumentando a riqueza dos envolvidos.¹¹

Nos moldes em que conhecemos hoje, o *franchising* empresarial teve seu início nos Estados Unidos da América, com a companhia *Singer Sewing Machine*, por volta dos anos 1860. A empresa logrou expandir a distribuição de seus produtos com rapidez inédita,

¹¹ O paralelo traçado pelo autor é de grande poder ilustrativo: "Naquele tempo, os reis (franqueadores) "franqueavam" navios (o estabelecimento) e os apresentavam (os aprestos, ou apetrechos era as respectivas instalações) para que, em nome do reino, sob suas armas (suas marcas), os navegadores (comandantes - máster-franqueadores ou subfranqueadores) buscassem novas terras (hoje novas unidades franqueadas para incorporação à rede - isto é, ao reino), novos produtos (especiarias) e, por fim, mais riquezas (a lucratividade sempre tão almejada por qualquer empreendimento). Naquela época, era comum outra forma rudimentar de franquia, sem, contudo, possuir esta denominação, mas provando que a noção de *franchising* não é uma descoberta de nossos tempos. Naqueles dias, para que agissem em seu nome, cobrando e coletando impostos devidos à Igreja Católica, concedia esta autorização aos senhores feudais, que ficavam com uma parte do valor coletado como forma de remuneração, enviando o restante à Igreja." (BARROSO, 1997, p. 35)

permitindo que comerciantes utilizassem a marca da companhia para comercializar, por meio de seus próprios recursos, os bens em unidades que deveriam seguir padrões *Singer* (CREUZ; OLIVEIRA, 2006, p. 54). Após, muitas empresas passaram a replicar o modelo visando à mesma expansão rápida e a baixo custo alcançada pela pioneira. O início do uso do modelo no Brasil deu-se entre as décadas de 60 e 70, com empresas como Yázigi, Lojas Ducal, Mister Pizza, O Boticário e Água de Cheiro¹².

Com a finalidade precípua de garantir a transparência na relação entre franqueador e franqueado (CÂMARA LEGISLATIVA, 1991), foi promulgada a enxuta Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, para regular esse contrato que, anteriormente, era regido apenas pelo Código Civil. A legislação tem como traços principal a criação da obrigação da apresentação, pela empresa franqueadora, de Circular de Oferta de Franquia contendo todas as informações pertinentes ao negócio a qualquer potencial franqueado, bem como o ideal de “não contrariar a essência do sistema de franquia, que é a parceria” (CÂMARA LEGISLATIVA, 1991).

Nesse contexto, a relação de franquia é composta por uma miríade de obrigações voltadas à distribuição e à comercialização de mercadoria e/ou serviços, traçadas entre agentes econômicos *independentes* entre si. A título de introdução das características dessa relação, transcreve-se as características do *franchising* descritas por Cherto (1988, p. 4), em que estão compreendidos os aspectos negociais relevantes para este trabalho:

O Franchising é, nada mais, nada menos, do que um método e um arranjo para a distribuição de produtos e/ou serviços. Juridicamente, se implementa através de um contrato pelo qual o detentor de um nome ou marca, de uma ideia, de um método ou tecnologia, segredo ou processo, proprietário ou fabricante de um certo produto ou equipamento, mais *know-how* a ele relacionado (o *franchisor* ou franqueador) outorga a alguém dele jurídica e economicamente independente (o *franchisee* ou franqueado), licença para explorar esse nome ou marca, em conexão com tal ideia, processo, método, tecnologia, produto e/ou equipamento. É estabelecido pelo *franchisor* (franqueador) o modo pelo qual o *franchisee* (franqueado) deverá instalar e operar seu próprio negócio e desempenhar suas atividades, que serão desenvolvidas sempre sob o controle a supervisão e a orientação e com assistência do *franchisor* (franqueador), a quem o *franchisee* (franqueado) pagará, direta ou indiretamente, de uma forma ou de outra, uma remuneração. O *franchisee* (franqueado) arca, ainda, com os custos e despesas necessárias à instalação e operação de seu próprio estabelecimento. A orientação e assistência fornecidas pelo *franchisor* (franqueador) são contínuas, enquanto perdurar seu relacionamento com o *franchisee* (franqueado) e cobrem todos os aspectos da atividade do *franchisee*, indo, em geral, do fornecimento do projeto arquitetônico de suas instalações, até os sistemas e/ou “mapas” que deverão ser utilizados pelo *franchisee* (franqueado) no controle de seu estoque, passando pela orientação no que diz respeito à elaboração de *cash flows* e aplicação de recursos e incluindo até mesmo o treinamento do próprio *franchisee* (franqueado) e de seu

¹² Histórico completo do *franchising* no Brasil pode ser encontrado em publicação da Associação Brasileira de Franquias (ABF) em <<http://www.livroabf.com.br/>> Acesso em 26 nov. 2018.

peçoal. (CHERTO, 1988, p. 4)

Esta é definição do contrato de franquia na modalidade *business format franchise*, segundo a *International Franchise Association (IFA)*¹³, que difere das modalidades menos completas em termos de obrigações dos contratantes, que mais se aproximam da distribuição e da agência (IFA, 2018)¹⁴. Pela maior complexidade e correlação entre franqueador e franqueado que esse modelo proporciona, e por ser aquele definido no art. 2º da Lei 8.955/94¹⁵, será o adotado para estudo neste trabalho.

Quanto à sua natureza jurídica, e em conformidade com as características descritas no conceito acima transcrito, Andrade (1997, p. 27-28) classifica o contrato de franquia como “bilateral, *intuitu personae*, de adesão, consensual, oneroso, de execução continuada e comutativo”.

O contrato de *franchising* é *bilateral* porque franqueador e franqueado são mutuamente credores e devedores de obrigações (GOMES, 1998, p. 79). A *onerosidade* está presente na existência de sacrifício patrimonial dos envolvidos para o alcance do objeto contratual, sacrifício idealmente proporcional ao objetivo pretendido. Em troca da licença para uso da marca, dos treinamentos, da transmissão do *know-how* pelo franqueador, da pesquisa para melhoria de produtos e serviços, etc., o franqueado realiza aportes financeiros – normalmente em três modalidades: “taxa” inicial de franquia, “taxa” de *marketing* e *royalties* (SCARINCI, 2016, p. 36).

É *comutativo* porque os contratantes conhecem desde o princípio suas prestações (em contraposição aos contratos aleatórios, em que o risco é parte inerente ao negócio contratual) (ANDRADE, 1997, p. 29). Frise-se, contudo, que sua classificação como contrato comutativo não se confunde com a ausência de risco negocial: como qualquer outro empreendimento, o sucesso econômico da unidade franqueada, bem como o adimplemento satisfatório das obrigações contratuais dela tão dependente, estão “condicionados aos fatores da boa gestão do franqueado (...), às alterações do mercado e ainda à concorrência existente” (RICTHER, 2015,

¹³ Instituição sediada nos Estados Unidos da América, fundada nos anos 1960 para estudo e fomento do mercado de franquias no mundo.

¹⁴ A definição disponível no site da IFA é a seguinte: “*In a business format franchise relationship the franchisor provides to the franchisee not just its trade name, products and services, but an entire system for operating the business. The franchisee generally receives site selection and development support, operating manuals, training, brand standards, quality control, a marketing strategy and business advisory support from the franchisor*”.

¹⁵ Art. 2º *Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.*

p. 21).

É *intuitu personae* porque a escolha da franquia pelo franqueado e do franqueado pelo franqueador está intimamente ligada a características específicas e não fungíveis destes. Prado (2009, p. 27-38) destaca, pela perspectiva do franqueado, a importância de seu autoconhecimento para verificação de pontos fortes e fracos que poderão influenciar no sucesso da unidade franqueada; e, pela perspectiva do franqueador, a imprescindibilidade do processo de seleção de franqueado que se encaixe no perfil buscado pela rede de franquia

Ademais, pode ser considerado *de adesão* quando o franqueado aceita em bloco uma série de cláusulas formuladas antecipadamente de modo geral ou abstrato (GOMES, 1998, p. 109). É comum que franqueadores utilizem o mesmo modelo de contrato para todos os franqueados de sua rede, inclusive com o intuito de manter uniformidade de obrigações e direitos; não é, contudo, uma regra. Pode haver casos em que o franqueado exerce poder de influência na delimitação dos combinados contratuais.

O contrato de franquia pode ser classificado como *consensual e não solene*, pois perfectibiliza-se com a expressão do consentimento das partes e, em que pese a Lei nº 8.955/94 exija a presença de duas testemunhas instrumentais e a forma escrita¹⁶, não há nenhuma exigência de forma especial (CRETILLA NETO, 2003, p. 24).

A relação entre franqueador e franqueado é complexa e se prolonga no tempo. Inicia-se com as tratativas negociais, começadas por uma parte ou outra, passa (idealmente) pelo envio da Circular de Oferta de Franquia pelo franqueador ao potencial franqueado com pelo menos dez dias de antecedência à assinatura de qualquer contratação formal, pode envolver o estabelecimento de um pré-contrato, culmina na assinatura do contrato de franquia e desenvolve-se com a execução das obrigações, que é intencionalmente diferida no tempo. O contrato pode ser, portanto, caracterizado como *de execução continuada*, pois não se esgota com a instalação da unidade franqueada, tampouco com a concessão da licença da marca, por exemplo. As obrigações entabuladas são desenvolvidas ao longo do tempo, notadamente o pagamento dos *royalties* pelo franqueado e a prestação do suporte pelo franqueador.

Nesse sentido, Bernard (1992, p. 68) sugere, inclusive, que, por envolver todas as áreas da empresa franqueadora e exigir grande capacidade de trabalho pluridisciplinar e de organização de sistemas, o *franchising*, de “estar obrigatoriamente inserido no planejamento de longo prazo da empresa franqueadora”. Neste aspecto, nota-se desde já a importância que a relação interpessoal e interorganizacional dos polos da relação de franquia: o não atendimento

¹⁶ Lei 8.955/94. Art. 6º O contrato de franquia deve ser sempre escrito e assinado na presença de 2 (duas) testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público.

de expectativas e de interesses podem culminar em conflitos em razão do fatores “tempo” e “renovação das obrigações”.

Terry e Di Lerna (2011, p. 182) destacam, com base na experiência anglo-australasiana¹⁷, que o contrato de franquia tem um caráter proeminentemente “*relacional*”. Com esta expressão pretendem transmitir a ideia de que os contratos de franquia precisam ser flexíveis e, em geral, comportam um alto nível de discricionariedade entre as partes, o que os leva a basear-se, mais do que outros contratos, na reciprocidade e na confiança construídas entre as partes ao longo do tempo.

É a mesma percepção de Nogueira, Lourenzani e Dadario, ao afirmar que:

O relacionamento entre o franqueador e seu franqueado não se esgota no cumprimento do contrato, vai muito além, envolvendo contatos interpessoais diários focados na operacionalização e acompanhamento do negócio do franqueado, resolução de problemas comuns e, de maneira intangível, o compartilhamento de valores, objetivos, aspectos psicológicos e sociais que permeiam a interação das partes (NOGUEIRA, LOURENZANI, DADARIO, 2017, p. 13).

Terry e Di Lerna (2011, p. 182) referem, ainda, citando a obra de Hadfield (1990), que grande parte da relação entre franqueador e franqueado se dá “fora do contrato”, conduzida não por obrigações mandatórias, mas sim por um “equilíbrio peculiar entre cooperação e coerção, comunicação e estratégia” (TERRY; DI LERNIA; 2011, p. 182).

Estas características estabelecem desafios para sua regulamentação legal, posto que, para além do caráter relacional, estes contratos estão sujeitos a certo nível de *assimetria de informação* e de *assimetria de poder* (TERRY; DI LERNIA; 2011, p. 182). Nesse sentido, Terry e Di Lerna (2011, p. 182) notam que é consenso na literatura o estabelecimento do dever de informar do franqueador prévio à contratação (*prior disclosure*). Esta colocação parece estar de acordo com a legislação nacional, pois a Lei de Franquias, em seu artigo 3º, nomeia especificamente todos os itens que devem constar da Circular de Oferta de Franquia, a ser entregue ao potencial franqueado ao menos dez dias antes da formalização de qualquer compromisso entre as partes. Os autores ressaltam, contudo, a dificuldade de regular a *assimetria de informação durante* a relação (TERRY; DI LERNIA; 2011, p. 182).

Quanto à *assimetria de poder*, referem que é um ponto ainda mais sensível (TERRY; DI LERNIA; 2011, p. 182). Nota-se que a coordenação entre os membros do sistema de

¹⁷ O mercado de franquias da Austrália é um dos mais proeminentes do mundo, conforme informações da *International Franchising Association*, disponíveis em: <https://www.franchise.org/australia>. Acesso em 25 nov. 2018.

franquia ocorre, dentre outros meios, pelo exercício do poder que um polo detém sobre o outro, notadamente, que o franqueador detém sobre o franqueado (TIKOO, 2005, p. 330). Este exercício de influência perpassa, necessariamente, alguma forma de comunicação (também chamada “estratégia de influência”) direcionada ao polo cujo comportamento se quer dirigir (FRAZIER; SUMMERS, 1984 *apud* TIKOO, 2005, p. 330), o que demonstra a relação próxima existente entre os fluxos de informação/comunicação e as dinâmicas de poder existentes no sistema¹⁸.

Importante referir, ademais, que o nível de dependência do franqueado afeta a forma como este percebe as estratégias de influência emitidas pelo franqueador. Quanto menor seu nível de dependência e maior seu desejo por autonomia, menor sua tendência a aceitar direcionamento de comportamentos pelo franqueador (TIKOO, 2005, p. 331). Ainda que seja tema de alta complexidade, cujo esgotamento escapa ao escopo desta pesquisa, as questões da assimetria de informação e poder entre franqueador e franqueado, bem como o nível de tolerância do franqueado à condução de seu comportamento pelo franqueador, serão abordadas sob a perspectiva das técnicas de mediação descritas pela literatura como tendentes a reduzir as desigualdades entre as partes e/ou a apoiá-las na tomada de decisões informadas.

O debate sobre a tipicidade, atipicidade ou caráter misto do contrato de franquia, em que pese relevante para finalidade classificatória, não será abordado neste trabalho, por fugir-lhe ao escopo.

Feitas estas considerações introdutórias sobre o *franchising*, o item posterior deste trabalho será dedicado a esclarecer quais as expectativas do franqueador e do franqueado ao adentrar a relação. Com isto, será possível compreender com maior profundidade a posterior análise dos conflitos descritos na literatura como recorrentes e relevantes na relação de franquia.

3.2 INCENTIVOS E EXPECTATIVAS DE FRANQUEADOR E FRANQUEADO

O *franchising* pode trazer diversos benefícios tanto ao franqueador quanto ao franqueado. Não apenas vantagens negociais, como também de atendimento de algumas “dimensões e necessidades humanas que são fortes no ambiente empresarial”, referidas por

¹⁸ Tikoo refere que os tipos de comunicação que membros de um canal de distribuição e *marketing*, como o sistema de franquia, utilizam para tentar modificar o comportamento de seus parceiros de canal são chamados de “estratégias de influência” e foram categorizados em 5 tipos: “troca de informação”, “recomendações”, “promessas”, “pedidos”, “ameaças” e “argumentos jurídicos” (BOYLE *et al.*, 1992; FRAZIER; SUMMERS, 1984 *apud* TIKOO, 2005, p. 330).

Manfredi e Burbridge (2016, p. 357), “tais como: status, o papel de cada um, a identidade, a autonomia, a apreciação e a afiliação”. Como mencionado anteriormente, entender incentivos e expectativas dessas partes ao iniciar o vínculo de franquia será de grande utilidade para compreender os conflitos decorrentes de sua frustração. A exposição será feita por duas perspectivas: a do franqueador (3.2.1) e a do franqueado (3.2.2).

3.2.1 Sob a perspectiva do franqueador

A literatura destaca como vantagem e interesse primordial e prioritário do franqueador a expansão da distribuição de seus produtos e/ou serviços a novos mercados no país ou no exterior. Por meio do sistema de franquias, esta expansão tende a ser mais rápida e mais barata do que se feita pela abertura de unidades próprias da empresa.

O aumento do volume de distribuição é desejável, sob o aspecto negocial, pois permite ao franqueador usufruir de “economias de escala na distribuição impossíveis de serem obtidas em um único estabelecimento” (BERNARD, 1992, p. 38). Por ser fundada em capital externo à empresa franqueadora, a expansão por meio do sistema de franquias tende a ser mais rápida do que o crescimento orgânico da empresa (GUERRA, 2012, p. 55). Além disso, o franqueador delega ao franqueado o papel de financiador da nova unidade, resguardando para si certo grau de controle de conformidade com os padrões da rede.

Nesse sentido, o uso da franquia para expansão da distribuição do produto/serviço pode ser explicado sob a ótica da Teoria da Escassez de Recurso e sob a ótica da Teoria da Agência. A primeira vê o sistema de franquia como mecanismo adequado para prover capital para expansão do negócio; a segunda, como uma forma de aumentar o alinhamento de incentivos entre franqueador e suas unidades. As teorias não são mutuamente excludentes, vez que uma empresa pode visar a, concomitantemente, atrair recursos externos e a alinhar incentivos (NOGUEIRA; LOURENZANI; DADARIO, 2017, p. 12).

Em maior profundidade, a Teoria da Escassez de Recursos explica a escolha do franqueador pelo sistema de *franchising* como consequência direta da ausência de recursos próprios suficientes para a expansão da distribuição – sejam recursos financeiros, de mão-de-obra e/ou de informações sobre o mercado visado (ALBUQUERQUE; LADEIRA; LARocca, 2016, p. 557). O fato de o franqueado aportar capital próprio, mão-de-obra e, em teoria, *expertise* sobre a localidade de instalação da unidade franqueada, contornaria estas limitações do franqueador, tornando mais atrativa para o franqueador a opção de franquear em comparação à opção de abrir unidade própria.

A Teoria da Agência, por sua vez, estuda as relações em que um principal (franqueador) transmite a um agente (franqueado) o poder de decisão na prestação de determinado serviço em favor do principal. Segundo esta teoria, o custo de agência (de expansão do negócio por meio de um agente com manutenção de mecanismos de controle sobre ele)¹⁹ ao franquear uma unidade seria menor do que os custos incorridos ao montar uma unidade própria comandada por um gerente.

A primeira razão para tanto é que o franqueado investe capital próprio para montá-la e pode se beneficiar diretamente de sua maior lucratividade, o que o gera mais incentivos para que realize uma boa administração do que os que receberia um gerente de uma unidade própria do franqueador (GUERRA, 2012, p. 59; BERNARD, 1992, p. 73). O franqueado é mais propenso a dedicar tempo e esforço para o sucesso econômico da unidade franqueada porque compartilha do risco do negócio (sua remuneração está atrelada à lucratividade de sua unidade), enquanto um gerente recebe remuneração fixa. Essa formatação de incentivos diminuiria os custos com monitoramento do franqueador (principal no sistema de franquias) sobre o franqueador (agente) (NOGUEIRA; LOURENZANI; DADARIO, 2017, p. 13). A segunda razão é que o franqueado, idealmente, detém o conhecimento local do mercado em que fixará sua unidade, contornando a falta de informação que o franqueador tem sobre aquela localidade em específico (SCARINCI, 2016, p. 37).

Contudo, ainda que seja o aspecto vantajoso mais facilmente percebido pelas empresas (BERNARD, 1992, p. 37), a estratégia de distribuição de produtos e serviços não é o único atrativo do *franchising* para o franqueador.

A oportunidade de popularizar sua marca é outra vantagem percebida por empresas que decidem franquear unidades. Por meio da prática comum de cobrança de valores direcionados ao *fundo de marketing* da rede, o franqueador pode garantir que os franqueados contribuam financeiramente para o fortalecimento da marca, mantendo em suas mãos o poder de decisão sobre as estratégia de *branding*, de propaganda, de aquisição de clientes, etc.

Ademais, o fator inovação também é relevante. Ao expandir sua operação por meio da franquia, o franqueador cria mais oportunidades para que os empreendedores franqueados, na ponta do negócio, gerem conhecimento e *insights* comerciais sobre os produtos e/ou serviços, a colocação da marca, o sistema de gestão, etc. (SCARINCI, 2016, p. 38). Isto facilita a renovação

¹⁹Em outras palavras, os custos de agência são aqueles relacionados aos mecanismos de diminuição da assimetria de informação existente entre o principal e o agente, e de controle que o principal precisa estabelecer para garantir que as decisões do agente estão sendo tomadas em benefício do principal, e não em caráter oportunista pelo agente (risco moral ou *moral hazard*). (GUERRA, 2012, p. 55-58).

destes pontos e a permanente adequação da rede às necessidades de mercado. Bernard (1992, p. 69) menciona, inclusive, que é comum que os manuais (documentos em que vem sistematizado o “*package*” ou sistema do *franchising*)²⁰ geralmente sejam completados e melhorados ao longo do tempo, após a abertura das primeiras unidades franqueadas. Em suas palavras:

Muitos destes manuais levam muitos anos para ser elaborados, pois dependem de experiências de sucesso e de fracasso anteriores, a partir das quais se devem retirar conclusões sobre a melhor maneira de evitar que as novas empresas passem por problemas análogos (BERNARD, 1992, p. 69).

Esta vantagem, contudo, só será aproveitada caso haja sistema de comunicação eficiente que permita aos franqueados repassarem todo este conhecimento que adquirem no dia-a-dia do negócio ao franqueador. “É preciso perceber a informação como ativo e desafio à organização” (LIMA JÚNIOR; LUNA; SOUSA, 2012, p. 103); a informação vinda da rede deve ser tratada como um ativo porque é valiosa no fortalecimento da rede em comparação às marcas e empresas concorrentes; outrossim, deve ser vista como um desafio porque a forma como é tratada será determinante para sua conversão em vantagem competitiva. Assim, para gozo desta vantagem, o franqueador deve atentar para estas informações, reconhecendo o papel importante de cada franqueado para o desenvolvimento da rede (PRADO, 2009, p. 90).

As economias de escala e melhora do fluxo de caixa da empresa franqueadora, diretamente relacionadas à expansão da distribuição dos produtos e serviços (diminuindo os custos de insumos ao aumentar seu volume de compra) (GUERRA, 2012, p. 55) e ao financiamento da abertura das unidades pelos franqueados são outros fatores relevantes. Ademais, a ausência de relação de emprego (e dos riscos trabalhistas inerentes), decorrente da independência do franqueado é outra das vantagens para o franqueador.

Para além do que se pode chamar vantagens negociais, mencionadas acima, há ainda a “perspectiva pessoal” dos *stakeholders* da empresa franqueadora. As expectativas destas pessoas podem ser de diversas ordens: financeiras, de autoestima, de estima do mercado e de seus pares (“reputação”), de pertencimento, etc. Os acionistas/quotistas da franqueadora podem ver na franquia uma oportunidade de maximizar seus ganhos com distribuição de lucros e

²⁰ Chamando-os de “a pedra angular do sistema de *franchising*” o autor menciona como espécies de manuais geralmente integrantes da estratégia operacional do *franchising* os seguintes: manual operacional (ou “Bíblia” da rede), manual de treinamento, manual de seleção do ponto, manual de *marketing*, manual de propaganda, manual de suporte no campo, formulários de controle de qualidade, *check-lists* pré-operacionais, manual de inspeção de campo, manual de relatórios gerenciais e financeiros (BERNARD, 1992, p. 68-69).

dividendos em decorrência do aumento do faturamento com o pagamento das “taxas iniciais de franquia” e dos *royalties* sobre faturamento das unidades franqueadas. Além disso, podem valorizar o *franchising* porque passam a ser acionistas/quotistas de uma empresa em expansão, dona de marca e sistema de negócios fortes.

Para o administrador da empresa, seja ele sócio ou não, o sucesso do crescimento da empresa e o fortalecimento da marca por meio da franquia podem ser vinculados ao bom desempenho do papel que lhe fora confiado. Ver a empresa prosperar sob sua administração, aumentar seu *market share*, e ser reconhecida por isso pode reforçar sua autoimagem de “bom administrador e estrategista”.

Para os empregados e colaboradores da franqueadora, o crescimento da rede significa novas responsabilidades surgindo nos setores de RH, controle da rede, desenvolvimento da marca, etc., o que pode ser visto como uma oportunidade de crescimento dentro da instituição.

Estes são interesses exemplificativos, capazes de ilustrar como a opção pelo sistema de *franchising* ultrapassa decisões meramente negociais e atinge o “fator humano” presente na empresa. Esta perspectiva será útil quando da análise dos conflitos que permeiam a relação entre franqueador e franqueado.

3.2.2 Sob a perspectiva do franqueado

O principal atrativo do modelo *franchising* para potenciais franqueados é a diminuição do risco de empreender quando comparado àquele de iniciar um negócio do zero (BERNARD, 1992, p. 36; GUERRA, 2012, p. 59-60; RICHTER, 2015, p. 24; SCARINCI, 2016, p. 59-60; ALBUQUERQUE, LADEIRA, LAROCCA, 2016, p. 555).

A diminuição do risco e o aumento das chances de sucesso da unidade franqueada, em verdade, é o resultado de uma soma de fatores. Os mais relevantes são: (i) acesso ao *know-how* do franqueador; (ii) utilização de marca já estabelecida no mercado e com consumidores já fidelizados; (iii) plano de negócios já formatado; (iv) rapidez na implantação de um negócio; (v) acompanhamento e treinamento constantes por parte do franqueador; (vi) menor gasto com pesquisa e desenvolvimento de produtos/serviços; (vii) *marketing* compartilhado; (viii) facilidade na obtenção de crédito em razão da expressividade econômica da rede de franquias e do franqueador ante instituições financeiras; (ix) custos de obtenção de insumos reduzidos em razão da economia de escala proporcionada pela rede de franquia, etc.²¹

²¹ Em pesquisa empírica sobre a percepção de franqueados do Rio Grande do Sul sobre os benefícios do investimento em franquias, com base em 40 entrevistas com franqueados, Scarinci concluiu que os maiores

O franqueado adentra o sistema de franquias esperando empreender por meio de um modelo já consolidado, com expectativas mais proeminente de sucesso do que teria sobre um negócio iniciado por si, em que recairia sobre suas habilidades e sua capacidade econômica o desenvolvimento de produtos/serviços, identidade visual, marca, clientela e modelo de negócios. São expectativas altas, que nem sempre são atingidas, o que tem potencial para gerar conflitos na relação entre franqueador e franqueado.

Bem como a empresa franqueadora é composta por pessoas que têm interesses projetados sobre a adoção do modelo de *franchising*, igualmente o franqueado possui aspirações sobre a parceria para além das vantagens negociais descritas acima, ou seja, sua “perspectiva pessoal” sobre a relação. Scarinci (2016, p. 42), citando Gigliotti (2012), menciona que “empreender tem sido uma aspiração da maioria das pessoas, seja pelo gosto do desafio, pela satisfação de fundar uma empresa, seja pelo simples fato de oferecer uma alternativa ao emprego”. Seja partindo de pessoa já experiente no meio dos negócios, seja de alguém que nunca exerceu atividade empresária, a decisão de empreender por meio da franquia contém expectativas intensas e multifatoriais quanto ao parceiro de negócios (franqueador), como já demonstrado acima, e a si mesmo. Estas últimas podem dizer respeito a diversos fatores.

Se o franqueado já é pessoa de negócios, a abertura de (nova) unidade de franquia pode representar a expansão de sua influência sobre o mercado local e o reforço de sua autoimagem e reputação de “empresário de sucesso”. Se, por outro lado, o investimento em uma unidade franqueada representa o direcionamento de economias de toda uma vida, como aposta de um futuro melhor e de multiplicação de patrimônio, a expectativa de sucesso da unidade pode estar ligada ao alcance do sonho de empreender nutrido por anos. Em um terceiro cenário, se em transição forçada de carreira de um emprego formal para a atividade de empreender, a abertura de uma franquia (normalmente, uma microfranquia, com investimento inicial mais baixo) pode representar uma alternativa viável de sobrevivência do franqueado e de sua família.

Estes são apenas alguns cenários hipotéticos que demonstram a importância daquilo que normalmente as Ciências Jurídicas, Econômicas, o *Marketing* e a Administração não abordam ao estudar a relação entre franqueador e franqueado: os interesses humanos²².

atrativos para franqueados seriam uma marca já consolidada, um plano de negócios padronizado; o menor risco de investimento; suporte e assessoria da franqueadora; simplicidade (trabalhar com apenas um fornecedor), escalabilidade, distribuição de know-how e marketing compartilhado. “Segundo um dos entrevistados, os benefícios seriam: ‘redução de riscos relacionados à viabilidade na implantação do negócio, orientação e consultoria para decidir sobre compras e composição de estoque, visual *merchandising* e ações de *marketing* integradas com toda a rede” (SCARINCI, 2016, p. 49-50).

²² Sobre o tema das expectativas do franqueado, em maior profundidade: “Em relação às expectativas do relacionamento, é necessário imaginar o que o franqueado espera do negócio quando o adquire. Obviamente, ele quer rentabilidade — aqui chamado de retorno financeiro — mas também a experiência mostra que o

3.3 OS CONFLITOS ENTRE FRANQUEADOR E FRANQUEADO

Neste item, voltado ao estudo dos conflitos entre franqueador e franqueado, impende mencionar, à guisa de introdução, a grande importância concedida ao tema da transparência na relação entre franqueador e franqueado. Melitha Novoa Prado (2009), advogada e consultora atuante no negócio de franquias por mais de 30 anos, e Rogério Gama (2013), especialista em franquias, diretor de diversas redes de franquia ao longo dos anos e ex-presidente da ABF Rio de Janeiro, apontam a transparência como pedra de toque do relacionamento entre os envolvidos.

Desde a escolha do franqueado pelo franqueador e da escolha da rede pelo franqueado, a existência da disposição e do preparo para que os contratantes comuniquem um ao outro suas percepções, expectativas, capacidades e limitações tem impacto relevante no sucesso da parceria. Prado (2009, p. 32), mencionando exemplos práticos de aspectos em que a transparência entre os envolvidos é importante, explica que:

Saber lidar com expectativas, aliás, deve ser um exercício dos envolvidos no processo. Não se pode esperar mais que a verdade em relação a um negócio. Assim, se a pretensão do franqueado é ganhar determinado valor mensalmente ou trabalhar desta ou daquela forma, caberá ao franqueador mostrar a ele se isso é possível. Por outro lado, o franqueado também deve deixar claro se é suscetível a cumprir regras, se tem interesse em trabalhar em equipe e se pretende realmente fazer parte de uma rede. O potencial franqueado deve ter em mente que deverá entregar-se à rede e que não está pagando para agir sob sua conta e risco. (PRADO, 2009, p. 32)

Gama (2013), por sua vez, enumera lista de conflitos comumente verificados na relação entre franqueador e franqueado. Em todos eles, destaca que um fator preventivo essencial é evitar a formação de expectativas distantes da realidade, o que só pode ser alcançado com a disposição de cada um em (i) comunicar dados verdadeiros sobre si (seja sobre potencial de lucratividade, perfil empreendedor, etc.) e (ii) a escutar a todas as informações transmitidas pela outra parte, sem selecionar apenas as que “reforçam suas próprias opiniões e seus desejos”

empreendedor busca capacitação profissional, reconhecimento, valorização e satisfação pessoal. Todos esses elementos formam um conjunto que, quando incompleto, faz com que aquelas pequenas chateações se tornem verdadeiras tempestades. Apesar de a questão financeira ainda ser a mais importante — quando a franquia é rentável, as partes “digerem” os problemas com mais facilidade — nem o fator positivo da rentabilidade impede desgastes, estresse e até rupturas, principalmente quando o franqueado é realmente capaz e se vê atrelado a um trabalho que não lhe é satisfatório ou não lhe traz prazer ou reconhecimento profissional. Por isso, é necessário, especificamente nesse quesito, que franqueador e franqueado tenham bem claro em suas mentes quais são as expectativas do operador do negócio e se elas estão sendo plenamente satisfeitas”. (PRADO, 2009, p. 74)

(GAMA, 2013, p. 132).

Em segundo lugar, cabe investigar o que se pode chamar de “conflitos em espécie” descritos pela literatura baseada em ensaios teóricos e em estudos empíricos como potenciais pontos de controvérsia entre franqueado e franqueador. No capítulo seguinte, os conflitos ora descritos serão analisados sob a ótica das técnicas de mediação e sua potencialidade em gerar o processamento construtivo das controvérsias, de modo a possibilitar, em conjunto com as características listadas no item 2.2, acima, a resposta da pergunta de pesquisa deste trabalho. Passa-se, portanto, à descrição de potenciais conflitos entre franqueador e franqueado.

Gama (2013, p. 132) aponta como primeiro conflito digno de nota entre franqueador e franqueado aquele decorrente da *insatisfação quanto à rentabilidade da franquia*. Albuquerque, Ladeira e Larocca (2016, p. 564) corroboram a existência e a relevância deste conflito ao concluir que “[a] não obtenção de resultados financeiros desgasta o relacionamento entre as partes, principalmente para o franqueado que apostou na sua independência através de um negócio próprio”.²³ A lucratividade da parceria, segundo esses autores, é relevante também desde a perspectiva do franqueador, o que se confirma na percepção de Nathan (*apud* LIMA JÚNIOR; LUNA; SOUSA, 2012, p. 107) de que a rentabilidade da unidade franqueada é uma fonte possível de desgaste na relação entre franqueado e franqueador.

Nesse sentido, Albuquerque, Ladeira e Larocca (2016, p. 564) relatam que os franqueadores entrevistados em sua pesquisa apresentaram a seus franqueados as informações financeiras sobre o negócio no momento de pré-negociação do contrato, mas não acompanharam suficientemente o desempenho das unidades quando instaladas. Por isso, tendiam a dar-se conta das dificuldades financeiras do franqueado apenas quando havia atraso no pagamento de faturas de *royalties* ou de produtos fornecidos pela franqueadora, sendo que esta situação poderia ser notada com mais antecedência – caso houvesse atenção para estes fatores – pela ocorrência de inadimplência de contas correntes e impostos (ALBUQUERQUE; LADEIRA; LARocca, 2016, p. 564). Essa ausência de acompanhamento pode dificultar o agir temporâneo do franqueador para oferecer soluções à baixa lucratividade, agravando as possibilidades de conflito ante a irreversibilidade do quadro de crise econômica.

Ainda quanto aos conflitos referentes à lucratividade da franquia, Lima Júnior, Luna e Sousa (2012, p. 107), citando Elango, Fried (1997), Nathan (2003), Spinelli e Birley (1996), referem que existem “divergências de metas entre franqueador e franqueado”. Ambos operam

²³ Em pesquisa empírica, os autores entrevistaram duas empresas franqueadas e duas empresas franqueadoras soteropolitanas, todas do formato “*business franchise format*” ou “franquia de formato de negócio”, dos segmentos de alimentação, vestuário e acessórios pessoais e calçados.

com *estruturas de custos diferentes*, e seus pontos de maximização de lucro podem ser diversos. Em outras palavras, e a título de exemplo, para o franqueado pode ser interessante limitar as vendas a 1.000 unidades de produto, pois este é o ponto em que maximiza seu lucro; por outro lado, para a franqueadora, que recebe *royalties* sobre o faturamento, pode ser interessante que se vendam o máximo de unidades de produto possível. Isto decorre da constatação de que o franqueado tem custos fixos e variáveis (operação do negócio), enquanto o franqueador incorre majoritariamente em custos fixos (estrutura administrativa de gerenciamento do sistema) (LIMA JÚNIOR; LUNA; SOUSA, 2012, p. 106). Estas discrepâncias podem ser fonte potencial de conflitos principalmente na fixação de preços e na realização de promoções, que impactam diretamente na lucratividade da unidade para franqueador e franqueado.

A formatação dos custos arcados por franqueados e franqueadores também foi descrita como fonte potencial de conflitos por Albuquerque, Ladeira e Larocca (2016, p. 561). Por visar à lucratividade, os franqueados têm o incentivo de economizar ao máximo na operação, o que impacta na formação do “*mix* de produtos (compras), quadro de pessoal não completo conforme determina o franqueador e resistência na participação de treinamentos que requerem deslocamentos” (ALBUQUERQUE; LADEIRA; LARocca, 2016, p. 561). Todas estas condutas por parte do franqueado podem impactar diretamente na padronização da rede, a qual, como se verá a seguir, é outra fonte relevante de conflitos.

Outrossim, as controvérsias oriundas da falta de rentabilidade podem estar vinculadas à escolha de franqueado com o perfil inadequado ou da seleção inadequada do ponto comercial (GAMA, 2013, p. 132; PRADO, 2009, p. 79), como se detalha a seguir. A *escolha do franqueado* é processo complexo, que pode resultar em desgastes futuros na relação caso a pessoa selecionada não preencha certos requisitos de postura e de desempenho esperados pela franqueadora, ou até mesmo caso a franqueadora sequer tenha delineado o perfil do franqueado “ideal” antes de realizar a seleção (PRADO, 2009, p. 78). Toledo e Proença (2005) descrevem como uma das causas do rompimento da relação de franquia, desde a perspectiva de ex-franqueados, a baixa prioridade dada por algumas franqueadoras à seleção adequada de seus franqueados, suplantada, pelo interesse em fechar contratos.

A própria Lei nº 8.955/94, antevendo a importância deste fator para o contrato de *franchising*, prevê que a COF deve dispor sobre o perfil do “franqueado ideal”, o que inclui alguns aspectos básicos como experiência anterior no ramo, nível de escolaridade, nível de envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio.

É possível perceber que o que se visa a evitar com tais previsões é o distanciamento

existente entre expectativas sobre o desempenho do franqueado e a realidade de suas capacidades. A frustração das expectativas do franqueador neste aspecto pode gerar cobranças inesperadas/mal interpretadas pelo franqueado, de modo a abalar a comunicação entre as partes e a tornar-se fonte relevante de conflitos, podendo levar, inclusive, ao rompimento prematuro do contrato.

A *definição do ponto comercial*, parece ser outro ponto nevrálgico de surgimento de conflitos (PRADO, 2009, p. 75; GAMA, 2013, p. 133-134). Evidentemente, o nível de suporte da franqueadora é questão a ser estabelecida contratualmente entre as partes, mas, mesmo com disposições contratuais que regulem o tema, conflitos podem surgir.

Uma das práticas de franqueadoras mapeadas pela literatura que pode dar origem a estes desentendimentos e frustrações quanto ao suporte inicial é a conduta omissiva da franqueadora. Albuquerque, Ladeira e Larocca (2016, p. 561) referem que as franqueadoras entrevistadas em sua pesquisa apenas homologaram o ponto comercial apontado pelo franqueado, mas não se responsabilizaram pela escolha, tampouco ajudaram em sua realização, pois não informaram ao franqueado quais aspectos deveriam ser tidos como positivos ou negativos na seleção de um ponto comercial. Conclusão semelhante foi alcançada na pesquisa de Toledo e Proença (2005, p. 52), que encontraram como fator de insatisfação dos ex-franqueados entrevistados o escasso apoio na seleção do ponto comercial. A percepção contrária também se mostra verdadeira, vez que Nogueira, Lourenzani e Dadario (2017, p. 21) concluíram que o apoio das franqueadoras na escolha do ponto aumenta o nível de satisfação dos franqueados entrevistados²⁴, diminuindo as possibilidades de conflito na relação.

A *administração do clima do relacionamento na rede de franquias* por parte do franqueador também é motor de conflitos. Toledo e Proença (2005, p. 52) notam que o clima relacional entre as partes resta fortemente prejudicado se os franqueadores não demonstram importar-se com o desempenho de seus franqueados, não prestam o suporte contratado ou esperado e, sobretudo, não estabelecem mecanismos de comunicação constante com a rede²⁵.

Alguns contratos de franquia limitam o fornecimento de produtos/matéria-prima ao franqueado a fornecedores homologados pelo franqueador ou ao próprio franqueador. Nesse tipo de arranjo, *problemas de continuidade no fornecimento de produtos/matéria-prima*

²⁴ Importa mencionar que essa última pesquisa entrevistou franqueados com unidades abertas por mais de dez anos e que foram indicados à entrevista pelas próprias franqueadoras, o que pode gerar questionamentos sobre a idoneidade dos resultados.

²⁵ Os autores destacam que a falta de atenção a estes aspectos por parte do franqueador pode ter relação com o mau dimensionamento dos custos de manutenção de sua própria estrutura, mas não oferecem conclusões definitivas sobre a questão.

podem ser causa de conflitos (MAEMURA, 2009, p. 63-64). Quando o franqueado deixa de receber, ou recebe com atraso, produtos específicos ou até todos os produtos, seja por problemas logísticos da franqueadora, seja por erro de cálculo da demanda, pode ver-se (parcialmente) impossibilitado de exercer sua atividade e, conseqüentemente, ter sua margem de lucro e sua imagem ante os consumidores afetadas (CERVEIRA, 2015, s/n). Infere-se que é ainda maior a possibilidade de conflitos quando o franqueado tem a percepção de que o fornecimento deficiente por parte da franqueadora ou de fornecedores por ela homologados atinge os produtos de maior margem de lucratividade (CERVEIRA, 2015, s/n) e decorre de certa “predileção” a outras unidades franqueadas ou, mais grave, a unidades próprias da empresa.

Um dos maiores diferenciais do arranjo comercial do *franchising* em relação a outros modelos de parcerias comerciais é a *padronização da rede*. Ela reflete o menor custo de instalação da unidade incorrido pelo franqueado ao adotar uma marca já consolidada, com *trade dress* (identidade visual e arquitetônica das unidades) já comprovadamente aceita pelo público consumidor, e um modelo de negócios previamente testado. Contudo, certos incentivos econômicos e relacionais, referidos a seguir, podem gerar condutas oportunistas dos franqueados e acabar transformando o que fora visto como vantagem no início da parceria em fonte de desentendimentos.

Guerra (2012, p. 60-61) refere que o risco incorrido pelo franqueador ao optar por franquear uma unidade ao invés de abrir uma loja própria – administrada por um gerente – é justamente o de, ao transferir a operação de unidades da rede aos franqueados, ter sua capacidade de controlar a operação e de manter os padrões de qualidade diminuída. O *uso comum da marca* é a questão em que este risco fica mais evidente. Poder valer-se do uso da marca, um direito do franqueado, evita que este sofra, ao menos a curto prazo, todas as conseqüências de romper a padronização e de oferecer um produto de menor qualidade do que o restante dos franqueados (GUERRA, 2012, p. 60), pois os consumidores, de início, continuarão associando aquele estabelecimento à marca da rede. Para a rede de franquias, contudo, as conseqüências são nefastas. Como a marca é a “alma do negócio” do *franchising* (PRADO, 2009, p. 55), por ser capaz de comunicar aos consumidores “o preço, qualidade e os produtos comercializados, se algum franqueado operar sua unidade com uma qualidade inferior, ele prejudicará a imagem da rede inteira, diminuindo o lucro futuro de todos os franqueados” (GUERRA, 2012, p. 61) e, por conseqüência, do franqueador.

O mesmo raciocínio pode ser estendido ao padrão estético das unidades franqueadas (*trade dress* e **material publicitário**). Em alguns contratos de franquia, o franqueador fornece o projeto arquitetônico exigido para instalação da unidade franqueada, em outros, apenas as

diretrizes a serem seguidas pelo franqueado. Em qualquer dos casos, “um franqueado cuja loja não atende à padronização e à formatação exigidas desgasta a imagem da marca e prejudica toda a rede” (MAEMURA, 2009, p. 51). O franqueado, contudo, pode vir a calcular que deixar de realizar uma reforma necessária para manutenção da unidade compensa a curto prazo; nesses casos, a unidade desconforme prejudicará toda a rede ao propiciar aos consumidores uma experiência diversa (pior) do que a esperada. A experiência negativa poderá vinculada psicologicamente à marca, causando danos indiretos ao franqueador e aos demais franqueados.

Ante tal espécie de descumprimento de padrões por parte dos franqueados, é razoável que o franqueador vise a “estretar” os laços de controle e de fiscalização. Contudo, além de gerar custos operacionais, com mão-de-obra de fiscais, etc., *o estabelecimento de controles rígidos de conformidade* pode, por si só, ser fonte de conflitos.

Em estudo empírico realizado nos Estados Unidos da América sobre as “estratégias de influência” utilizadas por franqueadores sobre franqueados – categorizadas como “troca de informação”, “recomendações”, “promessas”, “pedidos”, “ameaças” e “argumentos jurídicos” –, Tikoo (2005, p. 338) concluiu que os franqueados em geral recebem negativamente as tentativas de condução de comportamento realizados pelos franqueadores. Esta conclusão está de acordo com a percepção de Dant e Grundlach (1999 *apud* TIKOO, 2005, p. 338) de que franqueados apresentam um grande desejo por autonomia na operação de suas unidades.

O estudo de Tikoo (2005) concluiu, ainda, que o nível de aceitação da condução pelo franqueador é diretamente proporcional ao nível de dependência que aquele determinado franqueado guarda com o franqueador: quanto mais dependente for do franqueador e de sua expertise, mais suscetível à sua influência será o franqueado (TIKOO, 2005, p. 338). Significa dizer, também, que franqueados mais estabelecidos tendem a tornar-se cada vez menos tolerantes à influência do franqueador, podendo levar a um ponto no tempo em que resulte difícil para o franqueador coordenar seus franqueados sem causar conflitos. (TIKOO, 2005, p. 339), percepção compartilhada por Cristofolletti (2015, s/n).

Evidentemente, a perda ou a diminuição excessiva do controle do franqueador pode ter consequências negativas para toda a rede, caso esta deixe de usufruir do poder conjunto que a uniformidade e o uso comum da marca lhe concedem: concorrer com o mercado como um corpo único, forte por manter o padrão de qualidade dos produtos/serviços em espaço amplo de distribuição. Assim, reforça-se que os conflitos oriundos da relação de fiscalização e de controle do franqueador sobre a rede são de extrema importância.

Tikoo (2015, p. 338) sugere que uma forma de manter os níveis de dependência dos franqueados é que o franqueador constantemente desenvolva métodos negociais e “*business*

expertise” que justifique aos franqueados o valor de se manterem conformes à rede e às diretrizes do franqueador. Uma das formas menos onerosas de fazê-lo é aproveitar a vivência dos próprios franqueados para desenvolver a rede. Contudo, nem sempre ocorre a implementação de *canais para desenvolvimento conjunto de inovação*, o que pode causar frustração às partes e, por conseguinte, ser fonte de conflitos.

Frazier (1999 *apud* MAEMURA 2009, p. 60) destaca, inclusive, que a falta destes canais pode culminar na desconformidade das unidades franqueadas: se um franqueado gera melhorias que não logra transmitir para a rede por falta de oportunidade, mas que percebe como benéficas para si, ele terá o incentivo de aplicá-las mesmo que isso signifique descumprir o padrão estabelecido pelo franqueador. Este é um exemplo claro do desperdício de valor que a ausência de meios eficientes de comunicação de rede pode trazer, culminando, inclusive, na aplicação de multas contratuais por desconformidade ou de outras sanções. Em outras palavras, o franqueador pode acabar punindo um franqueado que gerou inovação ao invés de valer-se dela para gerar desenvolvimento para toda a rede.

Uma das questões em que a comunicação e a transparência demonstram-se muito relevantes, e, conseqüentemente, sua falta tem grande potencial gerador de conflitos, é a *gestão do fundo de propaganda e marketing*, qualificado como “problema frequente” por Bernard (1992, p. 76). A cobrança de “taxa” de propaganda e *marketing* é parte do modelo de franquia *business format*²⁶, por meio da qual os franqueados entregam ao franqueador periodicamente quantias destinadas à implementação de estratégia una de reforço da marca da rede. Estes valores, vale dizer, não integram o patrimônio do franqueador (GAMA, 2013, p. 138), tampouco têm natureza de remuneração pelo uso da marca (*royalties*). São, em verdade, quantias que os franqueados poderiam investir individualmente no reforço da marca, mas decidem entregar ao franqueador para potencializar a estratégia a nível de rede, que possa transcender cada uma das unidades isoladamente.

Da natureza desta prestação, resta evidente que os franqueados se sentem, via de regra, legitimados para interferir na estratégia adotada pelo franqueador. Quando não existe um canal para que aportem ideias, percepções decorrentes do dia-a-dia, dificuldades vivenciadas, dentre outros, existe a tendência de que os franqueados se ressintam desta falta de poder de influência sobre os caminhos que a marca sob a qual operam percorrerá. Sensação similar pode ser causada pela ausência de transparência sobre a alocação dos recursos. Esta frustração poderá levar ao surgimento de controvérsias entre as partes. Situação ainda mais gravosa que pode surgir dessa

²⁶ Ver item 3.1 deste trabalho.

questão é o dispêndio, pelo franqueador, dos recursos do fundo para outras finalidades, o que configuraria infração contratual e poderia gerar controvérsias.

Por fim, importa referir os potenciais conflitos decorrentes da *política de expansão da rede* (GAMA, 2013, p. 136). O risco moral a que estão expostos os franqueados é o de que o franqueador aumente o número de lojas (próprias e franqueadas) para além do ponto ideal para os franqueados (GUERRA, 2012, p. 62). O franqueador estaria economicamente incentivado a adotar esta postura porque (i) um maior número de unidades aumenta o faturamento da rede como um todo, e, por consequência, os *royalties* que tem a receber e (ii) significa aumentar a quantidade de seus produtos/serviços disponibilizados ao mercado (GUERRA, 2012, p. 62). Contudo, há um potencial conflito de interesses nesta circunstância: os franqueados, ao concorrerem com mais unidades franqueadas ou lojas próprias do franqueador, podem ver sua rentabilidade prejudicada. É o fenômeno denominado “canibalização” (GUERRA, 2012, p. 63), que pode causar desavenças entre os polos da relação de *franchising*.

Mapeados em termos teóricos os conflitos potenciais entre franqueador e franqueado e suas causas principais, expõe-se a seguir um caso hipotético criado pela autora para exemplificar a aplicação das técnicas de mediação descritas no capítulo seguinte (4). O caso é fruto de uma combinação (i) dos conflitos negociais mencionados neste item e (ii) de circunstâncias emocionais/pessoais dos mediandos fictícios, utilizadas para ilustrar o “fator humano” anteriormente referido.

3.4 CASO HIPOTÉTICO-EXEMPLIFICATIVO

João, empreendedor de 45 anos, é sócio majoritário e administrador da empresa Consertamos LTDA, que se dedica a consertar telefones celulares por meio de processos tecnológicos bem estruturados, que permitem que o reparo seja realizado em menos de 40 minutos em qualquer caso. O método foi desenvolvido por João, que começou a trabalhar com conserto de eletrônicos desde muito jovem, é formado em curso técnico na área e dedicou os últimos 7 anos à abertura da Consertamos LTDA. e à expansão de seus negócios.

João abriu a matriz da empresa em 2011, no centro de Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Desde então, com o apoio de seus funcionários, aprimorou o modelo de negócios (construiu planilhas de controle de estoque de peças, mapeou seu Custo de Aquisição de Clientes, etc.), firmou parcerias com as principais fabricantes de componentes eletrônicos, fez o design de ferramentas que aprimoram e tornam mais ágil o conserto dos celulares (kit da Consertamos – produzido por um fabricante parceiro da empresa), registrou a marca “Consertamos” ante o

Instituto Nacional da Propriedade Intelectual nas modalidades necessárias para sua proteção e desenvolveu a identidade visual da empresa. Além disso, desenvolveu um modelo de treinamento dos técnicos dedicados ao conserto dos telefones ante a necessidade de ensinar a todos os funcionários novos que contratava para a função.

Até 2013, João logrou abrir três unidades próprias no centro da cidade de Porto Alegre (duas em *shopping centers*), mas faltava-lhe capital próprio e capacidade gerencial (principalmente pessoas a quem pudesse confiar a gerência de unidades) para atender demanda verificada em bairros mais afastados do centro e nas cidades da região metropolitana, estimada em 400% da demanda dos bairros centrais da capital. Decidiu, portanto, expandir seu negócio por meio do modelo de franchising. Atestando o grande potencial do negócio, logrou firmar contratos de franquia com 30 franqueados até o presente momento; dentre eles, Maria.

Maria, 27 anos, administradora de empresas, conheceu a atividade de João quando precisou consertar seu telefone celular em 2012. Aprovou o serviço, que foi realizado dentro dos 40 minutos prometidos e por preço mais acessível do que o da concorrência. Atenta às tendências de mercado, e com o sonho de abrir seu próprio negócio – inspirado pela vivência no minimercado de seus pais no interior do Rio Grande do Sul –, contatou João quando soube, por um portal *online*, que a Consertamos estava iniciando sua expansão por meio do *franchising*.

Iniciaram as tratativas do contrato de franquia, Maria leu com atenção a minuta fornecida por João, e chegou a sugerir algumas mudanças, que acabaram não refletindo no texto final do contrato. Maria firmou um contrato de mútuo com um banco que lhe concedeu condições especiais por conhecer o plano de expansão da Consertamos LTDA. e aportou suas economias para complementar o pagamento da “taxa” inicial de franquia (R\$ 45.000,00). Em outubro de 2013, recém-graduada no Ensino Superior, abriu sua unidade em Canoas. O contrato previa uma duração de 36 meses, prorrogável automaticamente por outros 36 meses.

A escolha do ponto comercial ocorreu conforme previsto contratualmente: Maria ofereceu três opções de ponto comercial à Consertamos LTDA., e João optou por aquela localizada no bairro de maior poder aquisitivo entre as três. A escolha foi justificada pela intuição de que os consumidores daquele bairro teriam mais celulares *per capita* do que nas outras localidades oferecidas por Maria.

No final de 2017, contudo, um *shopping center* que estava sendo construído a duas quadras da unidade de Maria ficou pronto e acabou desviando parte de sua clientela em razão da diminuição do comércio de rua local. Já havia planos para construção do *shopping* noticiados localmente quando Maria iniciou suas atividades.

Quanto aos treinamentos de (novos) funcionários das unidades franqueadas, eles ocorrem a cada dois meses, na unidade padrão (do centro de Porto Alegre). Maria sente que, quando precisa contratar funcionários no período entre treinamentos, arca com o custo de ter de ensiná-los ao menos parcialmente o método de conserto até que chegue a data do próximo treinamento.

Além disso, com o passar dos meses, Maria percebeu que, para seus consumidores, o grande diferencial da marca era o tempo rápido de conserto dos celulares, sendo o preço acessível um critério secundário de escolha – testou esta hipótese por meio de pesquisas de satisfação que ela mesma preparou e confirmou ser verdadeira para seus clientes. Em setembro de 2017, comunicou a João esta constatação por e-mail, mas ele não respondeu ao seu contato. Ela, segura de que poderia aumentar suas vendas focando a estratégia de aquisição de clientes na ideia da agilidade, mandou fazer um *banner* para pendurar na unidade. No *banner*, o tempo de 40 minutos era central. Segundo o contrato, todo o material publicitário utilizado nas unidades deveria ser o fornecido pela franqueadora. Na vistoria realizada por preposto da Consertamos LTDA. em outubro de 2017, Maria recebeu a ordem de retirada do *banner*, sob pena de multa contratual. Contrariada, guardou-o no depósito da loja.

Desde 2016, período que coincidiu com a renovação do contrato, as promoções passaram a ser um ponto de atrito entre João e Maria. João decidiu encaminhar a rede para uma estratégia agressiva de superação da concorrência, oferecendo promoções muito arrojadas em todas as datas comemorativas (dia das mães, dos pais, dos namorados, natal, etc.). Maria acabou percebendo que, em razão do aumento exacerbado da demanda de conserto de celulares, acabava tendo que pagar horas extras para seus funcionários, o que fazia com que, a partir de determinado número de consertos, o seu lucro diminuísse, e não aumentasse. Como a taxa de *royalties* da franqueadora incide sobre o faturamento, João sempre demonstrou que seu objetivo era o atendimento do maior número de clientes possível.

A “gota d’água” que levou Maria a solicitar a João a realização de uma mediação ocorreu no contexto da promoção da *Black Friday* (que, na rede da Consertamos, é realizada durante toda a terceira semana de novembro – a *Black Week*). Maria já havia comunicado a João em junho (em razão do dia dos namorados), que não cumpriria mais com promoções que não levassem em conta a sua estrutura de custos. João afirmou-lhe, por telefone, que repensaria a estratégia e levaria em conta o que ela havia dito.

Contudo, em outubro, a franqueadora estabeleceu que, durante a *Black Week*, as unidades deveriam realizar dois consertos pelo preço de um, e em 20 minutos (não em 40 como de costume) – tudo embasado por uma estratégia forte de propaganda em redes sociais. Maria,

prevendo que para atender ao aumento da demanda precisaria pagar horas-extra a seus empregados (ou contratar e treinar novos funcionários temporários), e que isto não faria sentido economicamente para sua unidade, ligou para João.

Na ligação, em 05/11/2018, informou que não cumpriria com a promoção e acusou João de estar sendo ganancioso, aumentando seus rendimentos sem pensar que este tipo de promoção poderia afetar a qualidade dos serviços da rede e prejudicar a todos em razão da diminuição do apreço pela marca no imaginário dos consumidores. Maria mencionou, ainda, a insatisfação com a diminuição da lucratividade da unidade em razão do *shopping center*, que deveria ter sido prevista por João. Mencionou estar igualmente insatisfeita com a pouca recorrência dos treinamentos oferecidos a seus novos funcionários; disse, também, que disse que iria recolocar o *banner* que dava ênfase ao tempo de conserto para poder atrair mais clientes nos períodos entre promoções e para remediar a situação de crise criada por João.

João disse a Maria que já havia ouvido o suficiente dela, que suas sugestões eram “até que pertinentes em raras ocasiões”, mas que ela não passava de uma menina. Disse que a unidade de Maria não estava tendo o resultado esperado em razão da falta de competência dela e que ele conhecia melhor do que ninguém a estratégia a ser seguida, afinal, fora ele quem colocou a rede de pé desde o primeiro dia. Ameaçou aplicar multas contratuais caso ela voltasse a desafiar o *trade dress* da unidade utilizando material publicitário irregular ou deixasse de cumprir com a promoção da *Black Week*.

A partir deste dia os dois não se falaram mais por telefone. Em 10/11/2018, orientada por seu advogado, Maria deu entrada com um pedido de mediação ante a instituição prevista no contrato de franquia. João, também orientado por sua procuradora, aceitou participar.

No capítulo seguinte, o método da mediação de conflitos será tratado com maior profundidade. O caso acima descrito será utilizado para exemplificar a utilização das técnicas de mediação descritas no item 4.3 e para tornar mais facilmente compreensíveis os aportes teóricos sobre a condução do procedimento pelo mediador.

4 A MEDIAÇÃO APLICADA AOS CONFLITOS ENTRE FRANQUEADOR E FRANQUEADO

A mediação é um método autocompositivo ou consensual de resolução de conflitos. Funda-se no diálogo entre os mediandos para encontrar solução para a controvérsia havida entre eles e abrange todas as questões que forem pertinentes à relação, inclusive aquelas estritamente relacionais/de interação humana. O terceiro intermediador desta comunicação, via de regra, não

sugere soluções, tampouco tem poder de decidir o encaminhamento do conflito.

A mediação não depende de cláusula contratual para ser iniciada, podendo ser fruto de “compromisso de mediação” firmado quando surge o conflito. Grosman e Bayer (2016, p. 385), contudo, destacam que é na possibilidade de substituir as típicas cláusulas de eleição de foro por “cláusula de mediação” (ou alguma combinação sua com a arbitragem ou o poder judiciário – cláusulas *med-arb*, *arb-med*, *med-jud* ou *jud-med*) que reside a grande oportunidade de a mediação empresarial permear as relações comerciais.

Neste capítulo, dividido em três partes, o foco é a mediação aplicada a conflitos entre franqueador e franqueado. A primeira parte (4.1) versa sobre o modelo de mediação escolhido como referencial teórico (mediação tradicional de Harvard), que tem como fundamento a facilitação da negociação entre os mediandos, bem como apresenta as características do mediador nesse modelo. A segunda (4.2), apresenta o paradigma de negociação direta que informa a atuação do mediador no modelo da mediação tradicional de Harvard, qual seja, aquele descrito por Fisher, Ury e Patton na obra “Como chegar ao sim”, e seus quatro postulados fundamentais. Por fim, na última parte (4.3), apresentam-se algumas das técnicas de mediação à disposição do mediador. Outrossim, propõe-se, ao final de cada uma das subpartes do item 4.3, reflexões sobre se e em que medida a técnica descrita pode lograr direcionar o conflito a uma resolução construtiva.

4.1 MODELO DE MEDIAÇÃO ADOTADO COMO REFERENCIAL TEÓRICO

A autora reconhece que existem diversos modelos de mediação. A mediação facilitativa (ou tradicional de Harvard), a mediação avaliativa (ou conciliação), a mediação transformativa, a mediação circular-narrativa, a mediação Waratiana (VASCONCELLOS, 2017, p. 175), dentre outros. Todos estes modelos têm conceitos similares em linhas gerais: presença de um terceiro (mais ou menos imbuído de poder de decisão, de interferência e de controle do procedimento) em procedimento orientado ao diálogo entre as partes para, com maior ou menor intensidade, buscar um acordo mutuamente aceitável²⁷.

Cada um desses métodos tem suas vantagens diante de certas circunstâncias. Em linhas muito gerais, a mediação transformativa, por exemplo, como proposta por Bush e Folger (2004), visa a transformar o conflito de uma espiral negativa em um processo cooperativo de

²⁷ Para um panorama completo sobre o histórico mundial da mediação e sobre os modelos de mediação existentes, ver FALECK, Diego. TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. Disponível em <www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso em 24 nov. 2018.

empoderamento (*empowerment*) e de reconhecimento mútuo (*recognition*). Tende a ser mais compreensiva (no sentido de profundidade) quando aplicada a conflitos familiares do que a mediação de Harvard. Idêntica constatação pode ser feita sobre a mediação proposta por Warat (2004), que foca no amor pelo próximo e por si mesmo como força transformadora e dignificante do conflito, para que os mediandos alcancem a “alquimia” de enxergar a si e ao Outro e, assim, solucionar o conflito como consequência natural da transformação vivida.

Em conflitos empresariais, por outro lado, a mediação tradicional de Harvard²⁸ tende a ser mais objetiva – o que pode ser uma vantagem. Em uma mediação interorganizacional, por exemplo, os representantes das empresas são seres humanos complexos, com sentimentos e percepções. A forma de suas interações recíprocas, portanto, tende a influenciar o desenvolvimento e o resultado da mediação. Contudo, por tratar-se de relações que têm fundo predominantemente comercial e empresarial, há questões que podem ser mais facilmente endereçadas por meio de um método que atente para as relações subjetivas, mas, ao mesmo tempo, tenha como foco encontrar interesses mútuos e contornar interesses contrapostos por meio de um diálogo fluido, gerando opções criativas de ganhos mútuos cuja avaliação se dê por critérios objetivos.

Consciente da existência de vantagens e de limitações em cada método de mediação de conflitos, a autora opta por utilizar como referencial teórico para este trabalho, no que tange aos objetivos da mediação, os quatro “postulados da negociação” da obra *Como Chegar ao Sim*, de Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton publicado pela primeira vez em 1991: (i) separar as pessoas dos problemas, (ii) basear a negociação em interesses, não em posições, (iii) gerar opções de ganho mútuo e (iv) insistir em critérios objetivos para avaliação das opções geradas.

Partindo da base da *negociação* para analisar a *mediação*, o presente trabalho enxerga o mediador como canal para a negociação dos mediandos. Esta perspectiva decorre da percepção de que, em mediações empresariais, as pessoas sentadas à mesa de mediação são profissionais do ramo acostumados a vivenciar situações de negociação (ainda que informais) – seja sob dinâmica competitiva, seja sob dinâmica cooperativa. Parte-se do pressuposto de que seriam, portanto, capazes de maior objetividade e uso (consciente ou intuitivo) das técnicas de negociação mencionadas em comparação a, por exemplo, uma mãe ao tratar da guarda de um filho, ou de um defensor do meio ambiente ao tratar da construção de um empreendimento que entende extremamente prejudicial à natureza. Certamente, isto não significa ignorar que pessoas de negócios têm sentimentos e que suas atitudes são parcialmente guiadas por percepções e

²⁸ A partir da qual se desdobraram o modelo transformativo e o modelo circular narrativo (FALEK; TARTUCE, p. 11), que também se baseiam na ideia de negociação com base em interesses, não em posições.

impulsos subjetivos, não apenas por decisões racionais de negócios.

O ofício do mediador como proposto por este trabalho é, portanto, estruturar o procedimento e utilizar-se de técnicas para que a negociação entre os empresários – que é atividade a que estão familiarizados – seja a mais construtiva possível. Por outra perspectiva, os “postulados da negociação” como propostos por Fisher, Ury e Patton (2014) parecem justamente ser tentativa de concretizar as características listadas como definidoras de processo construtivo de solução de conflito²⁹, aspecto mais detalhadamente explorado no item 4.2., abaixo.

Nesse sentido, quanto ao papel do mediador e à condução do procedimento de mediação, o referencial adotado é a obra de Christopher W. Moore. “O Procedimento de Mediação” foi escrito por Moore em 1996 e representa uma obra compreensiva da atuação do mediador que o autor chama de “independente com propensão a ser orquestrador no espectro de controle”. O mediador de Moore é “independente” por não manter relação significativa, nem de comunidade, nem de hierarquia, com nenhum dos mediados. Esta característica o diferencia do “mediador de rede social” e do “mediador com autoridade” (MOORE, 1998, p. 48)³⁰.

Quanto ao espectro de controle, o mediador descrito por Moore tende a ser “orquestrador”, pois se concentra em “capacitar as partes para tomarem suas próprias decisões; fornece assistência processual e, vez ou outra, ajudam a estabelecer ou construir relacionamentos. [...] [I]ntervem, principalmente, quando está claro que os disputantes, sozinhos, não conseguem fazer progresso em direção a um acordo”. (MOORE, 1998, p. 57). O “mediador negociador”³¹, por outro lado, é mais diretivo quanto “ao processo e às questões fundamentais da discussão”, podendo, por vezes, “fornecer informações essenciais às partes, expressar sua opinião sobre as questões em discussão ou atuar ativamente para a realização de um acordo que seja mutuamente aceitável para ambas” (MOORE, 1998, p. 57).

²⁹ Ver item 2.1 deste trabalho.

³⁰ Em maior aprofundamento: “*Quanto ao mediador independente, ele tem uma relação profissional com as partes, o que inclui o profissional liberal que retira o seu sustento oferecendo no mercado o serviço de mediação, sem se limitar a ele. Mediadores vinculados a instituições como Tribunais, Programas Estaduais ou Comunitários, mesmo que voluntários, participam profissionalmente das mediações que conduzem – havendo geralmente regras de impedimentos para mediar questões que envolvam pessoas da sua rede social. Esses mediadores geralmente têm treinamento específico e atuam na mediação como especialistas em negociação, sendo escolhidos (ou indicados) para mediar em razão desse conhecimento técnico. Dessa forma, o conciliador da Câmara de Conciliação Prévia, o mediador do programa Justiça Comunitária e o conciliador de Juizados Especiais são mediadores independentes, para os fins dessa classificação* (TRANCHO DE AZEVEDO, 2003, p. 318).

³¹ O conceito de “mediador negociador” de Moore (1996) se aproxima muito do conceito de conciliação utilizado por parte da literatura nacional, que utiliza justamente o critério do limite de intervenção do terceiro imparcial na negociação das partes para diferenciar a mediação da conciliação: na conciliação seria papel do conciliador sugerir soluções que abranjam os interesses de ambas as partes; na mediação, tal conduta poderia ser tida como ausência de imparcialidade ou desrespeito ao princípio do protagonismo e autonomia dos mediados na construção de sua solução.

Os referenciais teóricos propostos parecem estar alinhados também com o conceito de mediação que se interpreta a partir do texto do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015³². Ao adotá-los, alcança-se, portanto, estudar o instituto da mediação como idealizado pela lei que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias – aplicável à relação entre franqueador e franqueado, que é de natureza iminentemente privada. Outrossim, a mediação descrita por Moore (1998) aproxima-se muito das diretrizes adotadas por grande parte da literatura nacional quanto à mediação de conflitos empresariais, como se verá nos tópicos posteriores deste trabalho.

4.2 O MÉTODO DA ESCOLA DE NEGOCIAÇÃO DE HARVARD COMO MANEJO CONSTRUTIVO DO CONFLITO

Passa-se, portanto, a descrever o método de “negociação baseada em princípios” preconizada pela Escola de Negociação de Harvard³³, publicados na obra de Fisher, Ury e Patton (2014). Como aporte interpretativo da autora, ao final de cada postulado, propõe-se reflexão de como as condutas sugeridas pelos autores têm potencial de aumentar o nível de “construtividade” dos conflitos, sem a necessidade da intervenção de terceiros.

A primeira proposição desse método, *separar as pessoas do problema*, parte de uma perspectiva bastante intuitiva: “um negociador deseja, no mínimo, manter uma relação de trabalho boa o suficiente para produzir um acordo aceitável (e sua efetiva implementação), sempre que um entendimento for possível, tendo em vista os interesses de ambos os lados” (FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 41). Em conflitos reais, contudo, esta perspectiva nem sempre é tão óbvia. Isto decorre do fato de que o próprio empresário/negociador é um ser humano, e sentimentos negativos, como ira e frustração, por exemplo, podem obstruir um horizonte negocial que o beneficie (FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 43).

³² Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. Com perspectiva diversa, Reis (2017, p. 227-228) afirma que na mediação extrajudicial “regida por marco legal específico (Lei 13.140/2015), e na qual há de prevalecer maior liberdade entre aqueles que escolheram de comum acordo o mediador ou a câmara de mediação”, é possível que o mediador sugira possíveis soluções para a autocomposição, sem que isto signifique mácula à sua imparcialidade, principalmente porque a mediação extrajudicial está pautada pela “busca do consenso”, segundo o art. 2º, VI, da Lei nº 13.140. A autora diverge deste entendimento por entender que a construção e a manutenção autonomia dos mediados na construção de soluções mutuamente benéficas supera em muito as vantagens que uma sugestão de acordo por parte do mediador poderia aportar.

³³ Para conteúdos atualizados sobre os estudos realizados pelo Programa, recomenda-se visita ao portal da Escola de Negociação de Harvard: <<https://www.pon.harvard.edu/>> Acesso em 10 nov. 2018.

Ademais, as questões da substância do conflito tendem a se embaralhar com o relacionamento entre as partes. Colocações relacionadas às circunstâncias fáticas podem ser interpretadas pelo recipiente da mensagem como acusações e alocação de culpa. Para utilizar um exemplo relativo ao objeto desta pesquisa, a afirmação do representante da empresa franqueadora de que “as vendas do ponto franqueado caíram 30% no último semestre” pode ser interpretada pelo franqueado como uma acusação de que ele não está empregando esforço suficiente para administrar bem o seu negócio. Esse tipo de interpretação é decorrente de mecanismos de inferências do cérebro que, apesar de não fundamentadas, tendem a ser encaradas como fatos, criando uma “imagem” do interlocutor (FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 42).

Para lidar com estas questões, o método proposto visa a dar atenção a *percepções*, a *emoções* e à *comunicação*. O primeiro quesito, a percepção, é relevante a partir da compreensão de que o conflito existe, no mais das vezes, “não na realidade objetiva, mas na cabeça das pessoas” (FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 43). Temores, esperanças, raiva ou amistosidade são apenas exemplos de sentimentos e de percepções que condicionam a atitude das pessoas para com as outras.

Nesse sentido, Deutsch (1973, p. 64) adverte para o risco da *má-percepção benevolente*. Quando instaurada uma dinâmica cooperativa entre as partes, esta tende a minimizar diferenças e a levar um envolvido a “engrandecer a percepção da benevolência do outro”. Isto pode ocasionar o que o autor nomeia “cooperação prematura”, ou seja, “uma concordância superficial, insatisfatória e instável antes que as questões subjacentes no conflito tenham sido trabalhadas” (DEUTSCH, 1973, p. 64).

Em razão disso, Fisher, Ury e Patton (2014, p. 43-49) sugerem que os negociadores (i) coloquem-se no lugar do outro, (ii) não deduzam a intenção do outro a partir de seus próprios temores (ou esperanças), (iii) não culpe o outro por seus próprios problemas, (iv) procure demonstrar quais suas verdadeiras intenções – que podem não ser a que eles estão esperando com base em uma percepção pré-construída, (v) discuta as posições de ambos, (vi) divida o resultado com o outro, garantido que participe do processo de construção e (vii) faça propostas consistentes com os valores do outro para não colocá-lo na situação de ter que optar entre a proposta e as posturas por ele adotadas anteriormente, sua autoimagem.

As *emoções*, por sua vez, devem ser objeto de atenção na negociação porque, se suficientemente negativas, podem inviabilizar a cooperação. Fisher, Ury e Patton (2014, p. 52) sugerem que os negociadores devem reconhecer e entender suas emoções e as dos outros, expressá-las sempre que possível e reconhecê-las como legítimas.

Quanto à *comunicação*, os autores destacam que a esta geralmente é comprometida porque (i) os negociadores podem não estar falando um para o outro (podem estar “jogando para a plateia”, tentando convencer a terceiros de sua razão), (ii) podem não estar se escutando adequadamente (por estar dando mais atenção a outros *stakeholders*, por exemplo) ou (iii) em razão de mal-entendidos (interpretações equivocadas). Como remédio para esses problemas, indicam a necessidade de ouvir ativamente, demonstrar haver entendido a comunicação do outro lado, falar para ser compreendido (não para convencer), utilizar “*I* messages” (mensagens sobre o impacto das ações em si mesmo) e falar com propósito (por vezes, falar demais pode ser prejudicial) (FISHER; URY; PATTON 2014, p. 52-55).

A partir do exposto, é possível concluir que separar as pessoas dos problemas é um mecanismo que visa a alcançar as condições ideais para que se desenvolva uma solução construtiva do conflito. Mais, parece ser *conditio sine qua non* para que esta seja possível. Isto porque, em teoria, abrange as Características B (*comunicação aberta e honesta*), C (*endereçamento de toda e qualquer questão que influencie a relação entre os envolvidos, não apenas questões objetivas ou interesses juridicamente tutelados*), E (*visão do “outro” como titular de interesses legítimos, ainda que contrapostos aos seus*) e, conseqüentemente, F (*fortalecimento da relação social preexistente*)³⁴. Outrossim, como explorado no item 4.3.7, abaixo, há técnicas que podem ser aplicadas pelo mediador para facilitar cada um destes comportamentos sugeridos, sinalizando, novamente, a potencialidade da mediação para o tratamento construtivo de conflitos.

O segundo postulado do método da Escola de Negociação de Harvard é ***negociar com base em interesses, não em posições***. Interesses são os “motivadores”, a “força oculta por detrás do rebuliço das posições” (FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 58). Em metáfora muito utilizada em palestras sobre o tema: interesses são a parte do *iceberg* que fica abaixo d’água e só consegue ser vista por aquele que aceita mergulhar na água gelada. As posições, por outro lado, são aquilo que os envolvidos apresentam como única opção viável no início da negociação, o pico do *iceberg* que fica fora d’água, aquilo que “eles estão gritando” (KRAUSE, 2018), e que dificilmente traduz de forma satisfatória seus verdadeiros interesses.

Esforçar-se em compreender os interesses do outro e os seus próprios pode ajudar o negociador a perceber que, ainda que existam interesses conflitantes, alguns deles podem ser convergentes. O “outro lado”, antes visto como inimigo – em dinâmica de competição – passa a ser considerado como potencial aliado para alcance dos interesses não mutuamente

³⁴ Ver lista no item 2.1 deste trabalho.

excludentes. Ademais, para cada interesse, existem diversas posições que podem igualmente alcançá-lo (FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 58).

Na metáfora do *iceberg*, fica claro que negociar com base em interesses pressupõe certo nível de investigação. Em razão disso, o método sugerido em *Como chegar ao sim* compreende perguntar “por quê?” e “por quê não?”, sempre esclarecendo querer entender as necessidades do outro, não buscando justificativas (FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 60). Os autores destacam, ainda, um fator que, em geral, na percepção da autora detse trabalho, passa desapercibido em circunstâncias de conflito empresarial em que os interesses tutelados são apenas aqueles juridicamente protegidos: “os interesses mais poderosos são as necessidades humanas básicas” (FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 64). Citam como exemplo de necessidades básicas a segurança, o bem-estar econômico, o senso de pertencimento, o reconhecimento e o controle sobre sua própria vida (FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 64). Sugerem, ainda, que algumas condutas têm impacto positivo na negociação: manter o enfoque prospectivo (olhando para o futuro e não para o passado) e defender seus interesses próprios de forma comprometida (“ser duro com o problema”), pois estimulam a criatividade dos envolvidos para encontrar soluções que atendam aquilo de que não se vai abrir mão e geram acordos mais sensatos (FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 68).

A separação entre interesses e posições mostra-se muito relevante para o manejo construtivo do conflito. Para que seja possível superar impasses, é essencial conhecer bem o que move cada parte, de modo a encontrar opções mutuamente aceitáveis. Para superar a lógica do “jogo de soma zero” ou “perde-ganha”, é conveniente reconhecer que as partes têm mais de um interesse envolvido no conflito – ao menos um de ordem objetiva e um de ordem subjetiva, a relação –, e que a lógica da competição não é a única possível na maioria dos casos. Nesse sentido, esse segundo postulado (negociar com base em interesses e não em posições) aporta para a negociação com base em princípios as seguintes Características de método construtivo de resolução de conflitos: A.1 (*fomento da percepção de que interesses podem ser (parcialmente) compatibilizados*); A.2 (*fomento da percepção de que não necessariamente haverá um “ganhador” e um “perdedor” ao final do procedimento*); C (*endereço de toda e de qualquer questão que influencie a relação entre os envolvidos, não apenas questões objetivas ou interesses juridicamente tutelados*) e E (*visão do “outro” como titular de interesses legítimos, ainda que contrapostos aos seus*).

O terceiro pilar do método é **gerar opções de ganhos mútuos**. Essa é a solução para um problema muito corrente: “parece não haver um modo de dividir o bolo que deixe os dois lados satisfeitos” (FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 71). Segundo os autores, esta percepção é

ocasionada por quatro obstáculos: (i) o julgamento prematuro – as partes pensam que sua resposta para o problema é a certa; (ii) a busca por uma resposta única – temem que aumentar o número de ideias possa atrasar o processo e ser inútil; (iii) a “pressuposição de um bolo fixo” – o que Deutsch (1973) chamaria da percepção de estar diante de uma situação de competição necessária, de um ganha-perde; e (iv) pensar que “resolver o problema deles é problema deles” – ignorando que, com frequência, a outra parte pode ajudar a atender seus interesses se os dela forem atendidos (FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 72-74).

Para remediar estes obstáculos, o método aplicado é focado em técnicas como o *brainstorming* (gerar opções para depois julgá-las), investigar, em teoria e no mundo real, os problemas e as soluções possíveis, gerenciar interesses compatíveis e discrepantes – geralmente segundo a máxima de “entregar ao outro algo que, para mim, custa pouco entregar, mas é muito valioso para ele”, em uma lógica clara de geração de valor na soma total dos interesses (FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 78-87).

Com os dois postulados anteriores, gerar opções de ganhos mútuos potencializa o estabelecimento de dinâmica construtiva de solução de controvérsias. Ter mais de uma opção para a qual olhar antes de julgar o mérito de cada uma torna menos provável o impasse e fornece rota de saída para quando ele ocorre. Ademais, a própria lógica da “abundância” de opções contradiz o viés competitivo ao qual as partes estão habituadas. Ainda, a satisfação dos envolvidos tende a aumentar consideravelmente se sua “fatia do bolo é maior” – quando o bolo aumenta por meio das opções criativas que geram valor para todos os envolvidos, as fatias podem ser maiores para todos. Este postulado é, em suma, outro indicativo de que o método ora exposto é capaz de potencializar a solução construtiva dos conflitos por conter as Características A (*fomento da cooperação, por meio da percepção de que interesses podem ser (parcialmente) compatibilizados; de que não necessariamente haverá um “ganhador” e um “perdedor” ao final do procedimento; de que, quanto a objetivos/interesses comuns, os envolvidos podem somar esforços para alcançá-los e, quanto a objetivos/interesses diversos ou contrapostos, os envolvidos podem somar recursos intelectuais para solucionar impasses*); D (*normalização do conflito e enfoque prospectivo para sua resolução*); E (*fomento de visão do “outro” como titular de interesses legítimos, ainda que contrapostos aos seus*) e F (*preocupação com o fortalecimento da relação social preexistente*).

Fisher, Ury e Patton (2014) introduzem o último postulado, ***insista em usar critérios objetivos***, atentando para uma realidade: há circunstâncias em que os interesses são efetivamente conflitantes e toda comunicação, investigação de interesses e geração de opções criativas podem não ser suficientes para alcançar um consenso. Na categorização de Deutsch

(1973), seriam as circunstâncias notadamente competitivas ou os “conflitos puros”.

A postura normalmente adotada ante este tipo de situação pelos negociadores é tentar chegar a um acordo empurrando a “linha” invisível mais para perto de sua posição por meio da barganha e de sua vontade: “eu cedo somente até aqui porque é o que quero fazer”. Segundo os autores, agem como se “estivessem morando em uma ilha deserta, sem história, costumes ou padrões morais” (FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 92). Destacam que este tipo de negociação tem um alto custo, pois geralmente não é nem eficiente (do ponto de vista do acordo) nem amigável (do ponto de vista da relação) que uma parte tente impor sua vontade sobre a outra.

A solução proposta é a de negociar independentemente das vontades de cada negociador, utilizando-se, para tanto, de critérios objetivos. Estes seriam práticas precedentes ou comunitárias, ou ainda padrões de justiça, eficiência e mérito científicos³⁵ capazes de guiar objetivamente as discussões.

A título de orientação sobre como criar estes padrões objetivos e aplicá-los na negociação, os autores recomendam que os negociadores busquem critérios que não só sejam independentes da vontade dos envolvidos, como também sejam “legítimos” e “práticos” (FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 94). Notam o valor de estabelecer este tipo de critério antes de começar a avaliar opções, o que descrevem como o ato de *concordar, em primeiro lugar, sobre princípios*. Esta ideia se baseia na constatação de que existem mais de um padrão de legitimidade aceitável, e de que as partes precisarão negociar sobre qual será o adotado para o seu caso (FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 97-98).

No contexto dos conflitos entre franqueador e franqueado, Tikoo (2005, p. 334) logrou encontrar proporcionalidade direta entre (i) o uso de “legalistic pleas” (“argumentos jurídicos”) como estratégia de persuasão pelo franqueador e (ii) a escalada do conflito. É dizer: o uso deste tipo de argumento/parâmetro como tentativa de guiar o comportamento gera conflito/escalada do conflito. Poder-se-ia, assim, supor que o uso de jurisprudência ou parâmetros legais, introduzidos pelo franqueador na negociação, causaria mais consequências negativas do que positivas, ainda que em fase avançada da negociação. Esta é uma hipótese que não encontra embasamento direto no trabalho de Tikoo (2005), mas poderia gerar conclusões interessantes se endereçada por estudo mais aprofundado e direcionado à relação entre franqueador e franqueado.

³⁵ Os autores mencionam, como exemplos de padrões objetivos possíveis o valor de mercado, precedentes, avaliação científica, padrões profissionais, eficiência, custo, o valor que seria arbitrado em juízo, padrões morais, tratamento equânime, tradição, reciprocidade, etc. (FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 94).

Nesse sentido, Fisher, Ury e Patton (2014, p. 97) destacam que a utilização de critérios objetivos como argumento para suporte de posições – como pode ser o caso da utilização na pesquisa de Tikoo (2005) – tendem a entrincheirar ainda mais as partes. Destacam que isto não corresponde ao que denominam insistir em usar critérios objetivos. Para que este postulado seja realmente útil, os negociadores devem insistir em critérios que lhes beneficiem, mas estar abertos a ouvir os critérios vistos como justos pelo outro lado e a mudar de ideia para contemplar um critério que agrade a ambas as partes.

Ter princípios/critérios bem estabelecidos aos quais recorrer em caso de suborno, ameaça, apelo manipulativo à confiança ou recusa injustificada a ceder é um mecanismo poderoso para desviar destas técnicas tão comumente utilizadas. Ante qualquer destas artimanhas “a resposta baseada em princípios é a mesma: convide a outra parte a enunciar seus argumentos, sugira critérios objetivos que, em sua opinião, sejam aplicáveis e se recuse a ceder, a não ser pelas razões acima. Jamais ceda à pressão, apenas a princípios” (FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 99).

Quando bem aplicada, esta parte do método (insistir em critérios objetivos) teria valor fundamental para o processamento construtivo da controvérsia. Negociações conduzidas com base em critérios objetivos evitam que as partes tentem impor umas às outras a “sua solução” (*Característica B: comunicação aberta e honesta e Característica E: visão do “outro” como titular de interesses legítimos, ainda que contrapostos aos seus*) e potencializam a utilidade dos outros preceitos do método elencados acima. Diminui a probabilidade de acordos insensatos – que não atendam tão bem aos interesses de ambas as partes como poderiam – decorrentes de cessões baseadas em pressão ou em colaboração prematura. Ademais, quando a decisão final é tomada em conjunto com base em princípios mutuamente aceitáveis, é mais provável que as partes sintam que ganharam algo com a resolução do conflito, característica global da solução construtiva como descrita por Deutsch (1973).

4.3 CARACTERÍSTICAS E TÉCNICAS DA MEDIAÇÃO E A RESOLUÇÃO CONSTRUTIVA DE CONFLITOS ENTRE FRANQUEADOR E FRANQUEADO

No item anterior, descreveu-se um método cientificamente embasado e mundialmente conhecido de negociação direta. Se seguidos os seus passos, a possibilidade de resolução de conflitos construtiva por meio de acordos – quando estes são possíveis, considerados os interesses em jogo – é alta, como visto ao final da descrição de cada postulado. Caberia, então, o questionamento: qual a razão de ser da mediação se as partes poderiam negociar diretamente com tão altas chances de solucionar as controvérsias construtivamente?

Na percepção da autora, a resposta a esta pergunta, principalmente no contexto do Brasil, resume-se a que as partes não estão treinadas para fazê-lo. Empresários (bem ou malsucedidos) enfrentam tantas preocupações no dia-a-dia de seus negócios que um impasse com um parceiro comercial é, no mais das vezes, terceirizado para o departamento jurídico ou para escritórios externos de advocacia após curtas tentativas de negociação, que não contam conscientemente com as técnicas acima expostas. Os procuradores, por sua vez, em geral conhecedores apenas da realidade do litígio judicial, tendem a orientar seus clientes a adotar métodos heterocompositivos antes de investigar os reais interesses do cliente e de seu negócio.

A conjuntura está mudando³⁶, mas à autora parece que, até que a negociação passe a ser vista como uma das competências inerentes ao exercício da advocacia – e, portanto, exigível dos profissionais advogados – a figura do mediador continuará sendo muito relevante, até para os conflitos que, sob a perspectiva do método acima exposto, poderiam idealmente ser resolvidos construtivamente mediante negociação direta, sem a necessidade de intervenção de terceiros.

Nesse sentido, abaixo são analisadas algumas técnicas das quais o mediador dispõe para direcionar os mediandos à resolução construtiva de seu conflito. Desde logo cabe a advertência de que o capítulo não tem a pretensão de esgotar as técnicas de mediação cabíveis no contexto da mediação tradicional da Escola de Harvard, tampouco são todas as aplicáveis a conflitos empresariais. Busca-se tão-somente apontar a intersecção entre as ferramentas do modelo de mediação apresentado e o objetivo de tornar a condução dos conflitos entre franqueado e franqueador a mais construtiva possível, conforme as Características descritas no item 2.1, acima.

4.3.1 Pré-mediação como técnica

³⁶Antônio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha noticiam que nas jurisdições norte-americana e francesa o estabelecimento de procedimentos de “*four-way settlement meetings*” e de “convenção de procedimento participativo”, respectivamente, vem dando corpo às iniciativas de negociação direta entre os envolvidos em conflitos. Nas “*four-way settlement meetings*”, as partes são acompanhadas de advogados que estão contratualmente obrigados a não representar nenhuma delas em procedimento jurisdicional que eventualmente se instaure após tentativa de autocomposição. Os advogados ficam, então, sob o incentivo de apoiar a construção de um acordo adequado às necessidades e interesses de seus clientes, e agem como guias do procedimento de negociação colaborativa. A convenção de procedimento participativo, disciplinada no Código Civil e no Código Processual Civil da França é espécie de “pacto de não agressão por prazo determinado”, que suspende o direito das partes de instaurar procedimento jurisdicional por um prazo determinado, enquanto negociam uma possível solução. Referem, ademais, que há uma “clara diretriz favorável à aplicação da resolução colaborativa de conflitos” na nova legislação processual brasileira e na Resolução CNJ 125/2010, permitindo que a negociação direta seja vista como alternativa tão válida quanto a mediação e a conciliação, ainda que não esteja prevista expressamente no diploma legislativo (PASSO CABRAL; CUNHA, 2016).

A pré-mediação tende a ser vista como uma fase do procedimento de mediação – a fase que precede as sessões conjuntas entre mediador e mediandos –, mas pode, também, ser encarada como uma técnica – “predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados” (TARTUCE, 2017, p. 247). Nesse sentido, os resultados que podem ser esperados dos encontros de pré-mediação, realizados individualmente entre o mediador e cada uma das partes, são, primordialmente (i) a explicação do método da mediação e a colheita da aceitação dos mediandos sobre a realização do procedimento e (ii) a investigação inicial das questões envolvidas no conflito e dos interesses dos mediandos.³⁷

Quanto ao primeiro objetivo da pré-mediação, sua busca decorre da necessidade de que os mediandos percebam não apenas o resultado, mas também o processo de construção da solução do conflito como justo (BASTOS, 2014, p. 48). Nesse sentido, o mediador pode esclarecer qual sua rotina de trabalho, o nível de intervenção que pretende exercer na comunicação entre os mediandos, expressar que manterá sua imparcialidade na condução do procedimento, dentre outras colocações que entenda pertinentes (TARTUCE, 2017, p. 249). Ademais, é momento importante para que as partes possam exercer a autonomia da vontade ao escolher a mediação como procedimento de resolução de conflitos ou desistir de participar (ALMEIDA, 2014, p. 38).

No caso hipotético narrado no item 3.4, acima, a pré-mediação serviria para que o mediador explicasse a João e a Maria o procedimento de mediação e, a partir disso, conseguisse seu aceite para continuação do procedimento, tendo em vista a voluntariedade que rege o método.

Quanto ao segundo objetivo apontado para esta técnica, tem-se que o contato inicial do mediador com as narrativas das partes na pré-mediação auxilia o mediador a perceber qual a disposição inicial dos mediandos a negociar colaborativamente (abrindo mão, ao menos parcialmente, da lógica competitiva que possa ter se instaurado na dinâmica relacional) (ALMEIDA, 2014, p. 38).

Moore (1998, p. 110) destaca que as “entrevistas para coleta de dados”, categoria em que se encaixa a pré-mediação como ora descrita, são úteis para que o mediador identifique “as informações que necessitam para esclarecer mal-entendidos, preencher lacunas nos dados e ajudar as partes a chegarem a um acordo”. Essa intermediação de informações é papel

³⁷ Almeida (2014, p. 37) refere que o método pode ser realizado na presença de ambas as partes, mas que quando realizada em reunião privada “possibilita a expressão de sentimentos na ausência do outro; o contato com o discurso genuíno, e não reativo, de cada mediando; o acolhimento da fala e dos sentimentos iniciais dos participantes para, inclusive, reunir elementos que ajudem a mapear o conflito existente”.

fundamental do mediador e ajuda no esclarecimento dos interesses e da real conjuntura objetiva do conflito – reconhecimento conjunto de quais as presunções de uma parte sobre o comportamento/situação da outra são reais e quais foram decorrência de ruídos de comunicação.

A pré-mediação, pode, portanto, ser utilizada para sondar a possibilidade de retomada da colaboratividade entre mediandos e para iniciar o mapeamento das questões e dos interesses envolvidos no conflito. Se o mediador notar que uma das partes (ou ambas) detém percepção tão fortemente arraigada de que só poderá ter seus interesses atendidos caso “ganhe” da outra, é possível que seja o caso de encerrar a mediação. Isto é ainda mais verdadeiro caso o mediando “irredutível” seja aquele que se encontra em posição de maior poder econômico/social.

Imagine-se que João, por exemplo, demonstra querer “ensinar uma lição” a Maria, refere deter todos os meios econômicos para isso e entende que eventual dano causado à marca por um processo judicial seria custo pequeno a se pagar em troca da “vitória” sobre sua franqueada. Imagine-se, ainda, que o mediador questione se um pedido de desculpas de Maria pela “ligação desafortada” mudaria a situação, e João responda que “não, todas as linhas foram cruzadas, e só haverá acordo se for nas minhas condições”.

Nesta situação, seria difícil para o mediador demonstrar-lhe que adotar postura colaborativa, ao menos quanto a algumas das questões envolvidas na mediação, pode trazer-lhe vantagens. A decisão de interromper o processo já na pré-mediação ou prosseguir com a mediação passará, necessariamente, por um juízo de conveniência do mediador, atentando para as possibilidades de que o conflito possa desenvolver-se de modo construtivo a partir do emprego de outras técnicas de mediação. Este tipo de decisão permeia constantemente o trabalho do mediador.

Com base no exposto, tem-se que a técnica da pré-mediação está alinhada principalmente com a Característica A (*fomento de dinâmica cooperativa*), pois com seu uso o mediador visa a medir qual o potencial do método para aquela situação. Se perceber que a mediação não será construtiva para aquela controvérsia, pode redirecionar os mediandos para outros métodos cujas características demonstrem maior potencial de construtividade para a situação concreta.

4.3.2 Organização da disposição física do ambiente

Nota-se que a disposição das cadeiras, a existência ou não de uma mesa interposta às partes, o formato de tal mesa, a distância entre os mediandos, objetos que possam indicar

autoridade ou diferenças de poder, bem como a existência de locais apropriados para espera e para sessões individuais podem afetar na condução e no resultado da negociação entre as partes (MOORE, 1998, p. 136; QUEIROZ, 2011, p. 120). Filley (*apud* MOORE, 1998, p. 136), nota que “adversários tendem a se sentar em oposição um ao outro, e esta disposição física parece produzir um comportamento mais polarizado e competitivo do que sentando lado a lado”.

Assim, pode ser interessante que o mediador, para fomentar comportamento colaborativo, disponha as cadeiras dos mediandos e de seus advogados lado a lado, ou ao redor de uma mesa redonda, sendo todas as cadeiras iguais – sem indicação de maior ou menor poder, para distribuir a liderança de forma uniforme e para que o poder possa ser exercido de forma menos unilateral (SOMMER, 1965, 1969 *apud* MOORE, 1998, p. 136).

No caso hipotético, tratando-se de mediandos que não demonstraram, nas sessões de pré-mediação, riscos relevantes de atuar com violência física um em relação ao outro – caso em que uma mesa grande poderia ser utilizada para evitar agressões ou invasões de espaço (MOORE, 1998, p. 137), João e Maria podem ser colocados lado a lado em uma mesa redonda pelo mediador, em cadeiras do mesmo tipo, de modo a fomentar sua colaboratividade e sua sensação de igualdade e, por consequência, aumentar as possibilidades de resolução construtiva do conflito. Essa técnica ou conduta do mediador claramente coaduna-se com a Característica A (*fomento de dinâmicas cooperativas entre os mediandos*).

4.3.3 Confidencialidade

Ainda que não seja uma regra inafastável (TRANCHO DE AZEVEDO, 2003, p. 304), a confidencialidade está presente em muitos dos procedimentos de mediação extrajudicial realizados no Brasil³⁸. A promessa de confidencialidade é um dos pontos basilares para construção da confiança dos mediandos no mediador, que, por não ser dotado de poder decisório, precisa estabelecer outro tipo de relação com os mediandos que não o vínculo de hierarquia (TRANCHO DE AZEVEDO, 2003, p. 305). O estabelecimento deste vínculo,

³⁸ Tal afirmação parte da análise dos regulamentos/regras de mediação das mais proeminentes instituições de mediação empresarial do Brasil. Estas instituições oferecem apoio administrativo para a realização do procedimento de mediação (recebimento do pedido de instauração do processo de mediação, espaço físico para as sessões de mediação, lista de mediadores sugeridos, etc.). Há previsão de confidencialidade do procedimento de mediação nos regulamentos de mediação da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial do Brasil – CAMARB (Item 9.4), Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá – CAM-CCBC (Item. 11.2), da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem de Porto Alegre-CAF da Federação das Associações Comerciais e de Serviços do Rio Grande do Sul – CAF-FEDERASUL (Item 11), da Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná – ARBITAC (Artigo 22º), da Câmara de Mediação e Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas – FGV (Item 1.3.a do Anexo II).

também chamado *rapport* (vínculo de empatia), torna-se mais factível quando os mediandos confiam que seus diálogos conjuntos não serão divulgados pelo mediador a terceiros (nem mesmo em juízo ou em arbitragem), e que os diálogos havidos nas sessões individuais da mediação com cada parte não serão divulgados à outra (TRANCHO DE AZEVEDO, 2003, p. 306).

Esta é vantagem substancial da mediação para o desenrolar construtivo do conflito: ao conquistar a confiança dos mediandos, o mediador logra com maior facilidade conduzi-los ao *insight* de que podem tratar bem um ao outro, ao mesmo tempo, atacar o problema que ambos enfrentam, defendendo seus interesses próprios (não suas posições). Esta confiança será deveras útil, também, para o esclarecimento de interesses, para a geração de opções de ganhos mútuos e para a adoção de critérios objetivos, postulados da negociação construtiva.

Outra das vantagens tangíveis da confidencialidade típica da mediação é o incentivo que ela gera sobre o comportamento das partes. Primeiramente, a confidencialidade permite aos mediandos “o necessário conforto em expressar suas opiniões de maneira aberta, sobretudo relativas à inter-relação existente” (BRAGA NETO, 2015, p. 148). Nesta perspectiva, torna mais provável a abertura para o diálogo, a busca de opções criativas para a solução do conflito e, por consequência, a instauração da lógica cooperativa entre as partes.

Outrossim, a confidencialidade evita condutas oportunistas. Mais especificamente, impede que mediandos de má-fé deliberadamente mintam sobre a ocorrência de circunstâncias que são negativas para a outra parte para, posteriormente, utilizar o mediador como testemunha em procedimento heterocompositivo (seja judicial, seja arbitral) e auferir vantagem sobre a outra parte (TRANCHO DE AZEVEDO, 2003, p. 308-9). Igualmente, a própria noção de que a outra parte não poderá utilizar o que foi dito em eventual julgamento, evita o cenário em que “a discussão seria falseada pela estratégia jurídica traçada para a vitória na fase litigiosa, impedindo a negociação, não se estabelecendo um mínimo de franqueza entre as partes” (PASSO CABRAL; CUNHA, 2016, p. 476).

Assim, imbuídos de boa-fé genuína ou incentivada pela confidencialidade, os mediandos têm a oportunidade de centrar esforços em gerar opções de ganhos mútuos. Estas, em certa medida, transcendem a lógica do ganha-perde regularmente instaurada em procedimentos heterocompositivos, em que a habilidade de convencer um terceiro com poder decisório se sobrepõe à capacidade criativa das partes.

Nota-se que é importante que o mediador refira a confidencialidade e seus limites em sua declaração de abertura (ALMEIDA, 2014, p. 38), para verificar se as partes concordam com o exposto e possam firmar instrumento jurídico que garanta o respeito a este combinado. Ainda

que esteja prevista desde logo no regulamento de mediação da instituição condutora da mediação, no caso de mediação institucional, é importante que este aspecto seja sinalizado para as partes e contrato de confidencialidade seja firmado.

Quanto às características de método de resolução construtiva do conflito entre franqueador e franqueado que a estas técnicas potencialmente atendem, pode-se concluir que são: B (*comunicação aberta e honesta*), C (*endereçamento de toda e qualquer questão que influencie a relação entre os envolvidos, não apenas questões objetivas ou interesses juridicamente tutelados*) e A (*fomento de dinâmicas cooperativas entre os mediandos*).

4.3.4 Relato dos mediandos

Após inaugurar a primeira sessão conjunta com uma declaração de abertura em que reforça os princípios da mediação e os passos do procedimento³⁹, o mediador poderá pedir que os mediandos relatem o que os trouxe até aquela sessão. É normal que o primeiro a falar seja a pessoa que convidou a outra à mediação, para evitar que se dispenda tempo iniciando pelo mediando que foi convidado, que geralmente exporá uma declaração vaga, dizendo não saber porque está ali ou negando a existência de qualquer problema (HAYNES; HAYNES; FONG, 2004, p. 26).

Young (1972 *apud* MOORE, 1998, p. 179) destaca que, no início de uma negociação/mediação, um negociador pode estar pouco informado sobre (i) a(s) questão(ões) básica(s) em jogo, (ii) o conjunto de escolhas ou estratégias disponíveis, (iii) as soluções que melhor satisfarão seus interesses ou necessidades, (iv) quem são as pessoas que devem estar envolvidas nas negociações (ou que serão afetados por ela), (v) a maneira como os outros negociadores tomarão decisões. Nesse sentido, o relato inicial é quando os negociadores testarão seus pontos de vista e aquilo que haviam imaginado (suposto) sobre a outra parte (MOORE, 1998, p. 179).

Ao ouvir os mediandos durante toda a mediação, e com especial importância neste relato inicial, é essencial que o mediador exerça a *escuta ativa*. É dizer, que escute para entender as *implicações subjacentes* de cada frase; compreenda, por meio do exercício da empatia, as origens de cada *sentimento* expressado (ainda que discretamente) e de cada *necessidade* não atendida. Nesta escuta, segundo Tartuce (2017, p. 351), “o mediador não só ouve, mas considera atentamente as palavras ditas e as mensagens não expressas verbalmente (mas reveladas pelo

³⁹ Para mais detalhe sobre a técnica da declaração de abertura do mediador, ver ALMEIDA, 2014, p. 39-40 e 162-166; MOORE, 1998, p. 171-179.

comportamento de quem se comunica)”.

O mediador pode completar sua compreensão das narrativas por meio de perguntas de esclarecimento, de aprofundamento ou de confirmação de determinada ideia (MOORE, 1998, p. 184). É tarefa difícil (senão impossível) compreender o sentido completo da fala das partes, mas é importante que o mediador dedique energia a isto, pois pode ajudar os mediandos a preencher suas próprias lacunas de informação sobre o outro e a negociar com maior conhecimento da realidade (afastando as suposições/presunções iniciais inadequadas).

A escuta ativa do mediador deve estar direcionada, ainda, à identificação das questões que compõe a controvérsia. A correta identificação das questões, apoiada sempre por perguntas que permitam aos mediandos confirmarem a importância dos pontos verificados pelo mediador, será relevante para a composição da pauta de trabalho da mediação, explicada como técnica no item posterior do trabalho.

Assim, no caso hipotético, a partir do relato inicial de João e de Maria, o mediador poderia perceber que o conflito diz respeito às seguintes circunstâncias negociais: às promoções da rede, à escolha do ponto comercial, à rentabilidade da unidade de Maria, ao *compliance* com as regras da rede de franquia, nomeadamente o *trade dress* da unidade. Contudo, como já referido anteriormente, perceberia que o conflito não se limita às circunstâncias obrigacionais, que poderiam ser endereçadas em um processo judicial (com possibilidade de resolução sob a ótica competitiva), mas também envolve expectativas pessoais dos mediandos quanto à parceria.

João, como empreendedor dono da franqueadora, pode transparecer (direta ou indiretamente) a necessidade de ver sua importância para a rede reconhecida, como criador dos métodos de conserto de celulares e do *know-how* negocial que concedem à marca grande parte do valor que detém. Além disso, pode demonstrar irritação e insatisfação com a conduta de Maria de modificar propagandas e de resistir ao cumprimento de diretrizes da rede.

Maria, por seu turno, pode manifestar frustração pela pouca atenção dada às sugestões de melhoria da rede que ofereceu durante os anos de parceria. Pode demonstrar necessidade de ter seu trabalho à frente da unidade franqueada reconhecido, bem como sua expertise na área de administração de empresas, decorrente de sua formação universitária e do esforço que despense para estudar o comportamento de seus consumidores. Por fim, pode deixar transparecer a raiva que sentiu por ser tratada como uma profissional inexperiente (“uma menina”) por João.

Ambos podem demonstrar estar frustrados e irritados com o tratamento despendido pela outra parte até então, e o mediador poderá investigar, por meio de perguntas, quais foram os

momentos em que a comunicação foi prejudicada.

O uso do relato inicial dos mediandos como técnica para troca de informações entre as partes e como subsídio para o trabalho futuro do mediador, a partir da identificação de questões, sentimentos e interesses, é ferramental voltado à solução construtiva do conflito. Como visto, não são abordados apenas “interesses juridicamente tutelados”, pois toda e qualquer questão que influencie a relação social entre os implicados pode ser endereçada. Assim, tem-se que esta técnica atende principalmente às características B (*comunicação aberta e honesta*) e C (*endereçamento de toda e qualquer questão que influencie a relação entre os envolvidos, não apenas questões objetivas ou interesses juridicamente tutelados*).

4.3.5 Pauta de trabalho

Após a narrativa inicial das partes e a realização de quantas perguntas forem necessárias pelo mediador para esclarecimento dos pontos mencionados no item anterior, é possível que o mediador proponha a elaboração de uma “pauta de trabalho” ou “agenda”. Ela servirá para guiar as comunicações futuras entre os mediandos, facilitadas pelo mediador. Ademais, é ferramenta valiosa para que o mediador possa controlar os rumos da conversa (evitando que se disperse para questões secundárias) sem ser impositivo, ao lembrar os mediandos do combinado traçado por todos na pauta. Um esboço de agenda pode ser construído pelo mediador desde a pré-mediação, mas deverá ser complementado com as informações dos relatos iniciais dos mediandos (MOORE, 1998, p. 197).

A efetividade desta técnica também pode ser justificada pela constatação de que um conflito em que o vencedor leva tudo e o perdedor leva nada tende a ser mais irreconciliável do que um conflito em que vitórias são possíveis para todos os envolvidos. A fragmentação do conflito em mais de uma questão, portanto, afasta a lógica do “tudo-ou-nada” e tende a aumentar as chances de que se instaure uma dinâmica cooperativa (DEUTSCH, 1973, p. 71). O mediador deve atentar, contudo, para que a construção da pauta seja baseada em separação de pontos que façam sentido, não que seja artificialmente construída, vez que a separação “não traria mudanças muito boas se todas as questões separadas estiverem tão interconectadas que a perda de uma implicasse inevitavelmente a perda em todas as outras” (DEUTSCH, 1973, p. 71).

A ordem das questões na agenda pode ser definida por muitos critérios. Moore (1998, p. 199) descreve oito abordagens distintas, que consideram a importância das questões, a

facilidade de sua resolução, o mediando de quem partiu a questão, dentre outras⁴⁰. A escolha de um dentre tais critérios dependerá do estilo de negociação dos mediados e da sensibilidade do mediador. É importante notar que a pauta é flexível, podendo ser alterada de comum acordo pelas partes ou por sugestão do mediador, que é o guardião do procedimento, quando este percebe que o endereçamento de determinado ponto pode fomentar diálogo mais produtivo do que de um ponto precedente da agenda inicialmente delineada.

Um manejo possível da agenda, que pode ajudar as partes a separar as pessoas dos problemas, é lidar primeiro com a pauta subjetiva; é dizer “[i]nciuar a negociação pelas questões subjetivas/comunicacionais/relacionais – (res)sentimentos, preocupações, valores feridos” (ALMEIDA, 2014, p. 113). Lima e Pelajo (2016, p. 271) são categóricos quanto à importância desta ordem:

[N]ão é metodologicamente aconselhável a subversão do procedimento, invertendo-se as etapas de comunicação e negociação. A uma, porque a qualidade dos consensos construídos ao longo do processo de diálogo está intimamente relacionada à capacidade de as pessoas se escutarem e acolherem as diferentes necessidades e possibilidades presentes. A duas, porque os acordos são de intenção, o que faz com que a fluidez do diálogo precise estar presente durante a fase de implementação dos compromissos reciprocamente assumidos. A três, porque a mediação objetiva proporcionar às pessoas recursos para negociarem questões supervenientes, que estarão naturalmente presentes na continuidade da relação. (LIMA; PELAJO, 2016, p. 271)

Esta é uma estratégia que tende a sanear a visão das partes sobre a controvérsia e a permitir que “a relação social e o diálogo sejam restaurados e que o conflito subjacente seja desconstruído, permitindo a construção de soluções de benefício mútuo e a prevenção de novas desavenças” (ALMEIDA, 2014, p. 112). Em outras palavras, ajuda também na abertura de caminhos para a construção de opções criativas de ganhos mútuos e na manutenção/fortalecimento da relação social (no caso de franqueador e franqueado, da parceria empresarial) entre os envolvidos.

Para lidar com os pontos da pauta subjetiva, o mediador precisará traçar estratégias para ajudar as partes a endereçar os “pontos percebidos de ruptura” da comunicação e do respeito de forma construtiva na sessão conjunta. É dizer, de estimular os mediados a reverem o ocorrido no passado de forma a aprenderem maneiras de superar situações parecidas que venham a surgir (naquela relação ou em outras) de forma que atenda melhor aos seus próprios interesses e necessidades.

⁴⁰ São elas: (i) *ad hoc* (sem planejamento); (ii) agenda simples; (iii) alternância de questões; (iv) ordenação das questões por importância; (v) agenda baseada em princípios; (vi) “primeiro os itens mais fáceis”; (vii) organização em blocos ou agenda independente; e (viii) transações ou pacotes (MOORE, 1998, p. 197).

Isto só será possível, como percebido por Fisher, Ury e Patton (2014), Moore (1992) e diversos outros autores, se as emoções, os sentimentos e as necessidades pessoais dos mediandos forem endereçadas. Técnicas para tanto serão abordadas em ponto seguinte deste trabalho, em que são expostas possibilidades de atuação do mediador para ajudar as pessoas a *separar o outro do problema*.

Em suma, a técnica da construção de uma pauta de trabalho que organize as questões, divida-as em substantivas (referentes à relação social entre as partes) e objetivas (referentes ao conflito objetivamente considerado: à alocação de recursos, às opções comerciais, etc.), pode ter grande valor para o tratamento construtivo de conflitos. Permite que o conflito não seja visto como um “emaranhado” de problemas cuja solução necessariamente é a vitória para um e a derrota para o outro mediando (supera-se a lógica do “perde-ganha”). Em específico sobre a pauta subjetiva, permite o endereçamento de sentimentos e emoções, de modo que a pauta objetiva possa ser tratada com maior clareza e racionalidade em momento posterior.

Ademais, a organização de uma pauta de trabalho permite maior criatividade no design de soluções de ganhos mútuos, pois ajuda a antever o leque de questões em que podem ser feitas concessões e a variedade de alocações de recurso possíveis, facilitando a superação de impasses. Destarte, atinge satisfatoriamente muitas das características descritas por Deutsch (1973), guia da pergunta de pesquisa deste trabalho.

No caso hipotético, o trabalho do mediador ante Maria e João seria nomear as questões que mapeou, conforme descritas no item 4.3.4, acima, deste trabalho, checar com as partes se são essas as questões que querem debater, se há mais questões que precisam ser abordadas, propor que os pontos referentes à comunicação e à relação das partes sejam abordados primeiro e traçar, conforme um dos critérios de organização que entenda pertinente, a pauta do diálogo. Uma pauta possível poderia ser, a título de exemplo:

1. Comunicação (é a pauta subjetiva; ponto em que os mediandos podem endereçar seus mecanismos de comunicação passados e falar sobre a ligação que causou o rompimento mais drástico de comunicação);
2. Estruturação das promoções da rede;
3. Estratégia de propaganda;
4. Frequência dos treinamentos;
5. Inovações na rede;
6. Questão do *shopping center*.

Ante todo o exposto, a técnica da construção conjunta de uma agenda com os mediandos potencialmente abrange as seguintes características de método de resolução construtiva de

conflitos: A (*fomenta a dinâmica de cooperação*), notadamente por meio de A.2 (*percepção de que não necessariamente haverá um “ganhador” e um “perdedor” ao final do procedimento*) e de A.3 (*percepção de que, quanto a objetivos/interesses comuns, os envolvidos podem somar esforços para alcançá-los e, quanto a objetivos/interesses diversos ou contrapostos, os envolvidos podem somar recursos intelectuais para solucionar impasses*); bem como ajudar a alcançar B (*comunicação aberta e honesta*) por meio da organização da sessão e da pauta de diálogo.

4.3.6 Esclarecer alternativas (MAANA)

Este tópico versa sobre a atuação do mediador para o esclarecimento das alternativas das partes à negociação de um acordo (principalmente a Melhor Alternativa à Negociação de um Acordo – MAANA⁴¹). Primeiramente cumpre diferenciar a nomenclatura utilizada: “opções” e “alternativas” têm significados distintos. Uma “opção” é um curso de ação em que os mediandos dependem (em maior ou menor medida) uma da outra. Uma “alternativa”, por outro lado, é um curso de ação que um mediando pode tomar com seus recursos (financeiros, relacionais, emocionais, etc.) próprios, sem depender da ajuda/interferência do outro mediando, ou seja, “fora da mesa de negociação”.

No contexto da resolução construtiva de conflitos, a clareza das alternativas – tanto para o mediador quanto para as partes – é ponto nevrálgico (FISHER; URY; PATTON 2014, p.106). Conhecer sua MAANA ajuda os mediandos a se protegerem de um acordo que não deveria ser feito. Se a MAANA de um dos mediandos tem chances consideráveis de concretizar-se por meio de sua própria atuação, implica custos baixos, e é superior a qualquer vantagem que este possa auferir por meio de processo colaborativo com o outro mediando, não há razões para continuar na mediação. Em outras palavras “se a parte puder obter o resultado mais favorável em outra via, o processo colaborativo perde sentido, por não ter o potencial de oportunizar o melhor desfecho – inclusive consideradas as nuances subjetivo-relacionais – possível”. (LIMA; PELAJO, 2016, p. 279)

É um sistema de decisão de simples compreensão: se João (i) pode encontrar um franqueado facilmente para colocar no lugar de Maria (ou em ponto comercial próximo à sua unidade, no *shopping center* recém-aberto, por exemplo) e (ii) inexistente cláusula de exclusividade territorial a proteger Maria (ou João pode esperar até que o contrato expire), João

⁴¹ Também referenciada na literatura como Melhor Alternativa à Negociação de um Acordo (MANA) ou *Best Alternative to a Negotiated Agreement (BATNA)*.

não terá razões para negociar um acordo cooperativamente com Maria. Basta que ele atue de maneira competitiva, aja em seu melhor interesse, e rompa a parceria (ou espere até que ela acabe). Se, contudo, as chances de essa MAANA não se concretizar forem pequenas ou se João tiver interesses que podem ser atendidos por Maria de forma mais abrangente ou profunda do que sua MAANA faria, ele será compelido a tentar negociar na mediação.

O mesmo é verdadeiro em um exemplo em que Maria tenha uma MAANA forte/vantajosa. Imagine-se que ela, sabendo que o contrato de franquia com João expirará em 2019, iniciou o processo de seleção para ser franqueada de outra rede e foi aprovada em razão de sua vasta experiência na rede Consertamos. A nova rede tem grande potencial de crescimento e um mecanismo claro de captação da inovação gerada por franqueados; Maria antevê a possibilidade de abrir mais de uma unidade e de ter sua capacidade de gerar inovação valorizada. Além disso, Maria calculou que dispõe dos recursos para abrir as novas unidades e que poderá reaver os valores por meio do lucro dos estabelecimentos em poucos meses. É provável, neste caso, que Maria acabe agindo, na negociação, sem incentivos para cooperar e/ou manter uma boa relação com João, visto que seus interesses podem ser facilmente atendidos sem a ajuda dele.

Incumbe ao mediador, seja em sessões conjuntas, seja em sessões individuais (*cáucus*), estimular nos mediandos a investigação de suas alternativas. Isto torna a negociação mais afeita à realidade. Se a MAANA de um mediando é efetivamente muito superior a qualquer acordo negociado, encerra-se a negociação. Se, por outro lado, o mediador logra fazer com que os mediandos deem-se conta (por vezes uma tarefa difícil) de que suas MAANAs não são tão vantajosas como pensavam no início do procedimento de negociação, pode lograr superar a negociação posicional e engajá-los em uma negociação com base em interesses e mais cooperativa. As sessões individuais são momentos que facilitam este tipo de interação entre mediador e mediando porque este tende a sentir-se mais confortável para demonstrar preocupações que poderiam representar vulnerabilidades aos olhos da outra parte.

Se, no caso hipotético, o mediador verifica, em sessão conjunta, que Maria está estudando a compra de uma unidade de outra rede de franquia (por meio de uma ameaça como, por exemplo, “João, se você não colaborar mais, vou ser obrigada a buscar outra rede”), pode solicitar uma sessão individual. Nesta, é de bom alvitre perguntar a Maria sobre a viabilidade desta nova parceria; sobre os custos em que incorreria para realizá-la; sobre o tempo que ela tomaria; sobre as possibilidades de consequências jurídicas negativas desta decisão; em suma, investigar quão vantajosa é esta alternativa e quais as chances de que se concretize.

Surpreende a pouca visibilidade dada à esta técnica na literatura nacional. A autora intui

que essa escassa previsão se deve ao grande foco das obras na mediação familiar, em que parece haver duas razões para a menor importância das alternativas. A primeira é que as alternativas a um acordo geralmente são muito drásticas emocionalmente – deixar de ver e conviver com os filhos; parar de falar com seus irmãos em razão de uma briga sobre a sucessão dos pais; etc. Tratar delas pode gerar um desconforto tão grande e sentimentos tão negativos que dificilmente um mediador veria esta possibilidade como positiva para a condução da mediação. A segunda é que as decisões, neste tipo de caso, são menos guiadas pela racionalidade de comparação entre alternativas e acordo – o que está em jogo, normalmente, diz mais respeito a emoções do que a aspectos objetivamente comparáveis.

Contudo, na mediação em contexto empresarial, como a entre franqueador e franqueado, esta ferramenta é essencial. É importante perceber, também, o quanto a atuação dos advogados das partes pode interferir sobre a resolução construtiva ou destrutiva do conflito neste ponto.

A investigação das alternativas diz respeito, necessariamente, à medição de riscos e de probabilidades de que determinada situação se concretize sem o apoio/interferência da outra parte. Quando a alternativa possível ao acordo é a heterocomposição (seja judicial, seja arbitral), o conhecimento técnico dos advogados é o pilar principal para que as partes acessem suas chances de ganhar/perder, obter vantagens/evitar punições.

Se os advogados se sentem compelidos a informar às partes um cenário mais otimista do que o que verificam (para garantir que atuarão no caso, para não ter de admitir insegurança sobre o resultado, ou por qualquer outra razão), as partes terão dificuldades em analisar propriamente o risco de abandonar a mesa de negociações e podem vir a arrepender-se posteriormente. Contudo, ainda que estejam atuando apenas no melhor interesse de seus clientes, por vezes pode ser difícil para os procuradores acessar o real risco de uma decisão favorável a seu caso. Nesse sentido, iniciativas tecnológicas voltadas à jurimetria (metodologias estatísticas aplicadas à análise de dados relativos a decisões judiciais, tamanho de condenações, frequência de um tipo de entendimento judicial, etc.) apontam para um futuro de decisões mais informadas ao alcance de todos.⁴²

Ainda sobre a tomada de consciência e a avaliação das alternativas das partes em comparação com as opções que podem ser geradas na mediação, é importante mencionar que a celeridade do procedimento de mediação pode tornar-se um fator a reforçar as vantagens da colaboração recíproca. Por ser um procedimento muito célere em comparação com o julgamento de um processo judicial ou de uma demanda arbitral (BRAGA NETO, 2015, p.

⁴² Para informações sobre este tipo de iniciativa, recomenda-se o acesso ao *site* da Associação Brasileira de Jurimetria, disponível em <https://abj.org.br/o-que-e-jurimetria/>. Acesso em 24 nov. 2018.

148), e por depender, no mais das vezes, apenas das partes nele envolvidas, o custo temporal do acordo negocial e das consequências positivas que possam advir dele tende a aumentar em relação às alternativas das partes. Estas, além de serem, via de regra, possibilidades (e não certezas) e dependerem de terceiros (seja para julgar o caso, seja para formar nova parceria de negócios, etc.) acabam perdendo sua atratividade quando comparadas ao resultado rápido da mediação. Certamente esta característica não *garante* a colaboratividade entre as partes, mas é um fator que pode catalisá-la.

Ainda, a atenção às alternativas externas à mesa de negociação pode ser poderosa ferramenta de equilíbrio de forças entre os mediandos (FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 106). Se o ordenamento jurídico entende uma das partes como digna de proteção, seja por meio de mecanismos de distribuição do ônus da prova no processo, seja por regras de interpretação contratual ou por outros mecanismos, as alternativas desta parte serão afetadas positivamente por isso.

A título de exemplo, há entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça de que os contratos de franquia, via de regra, configuram-se como contratos de adesão⁴³, e que, portanto, cláusulas evadas de ambiguidade ou contradição devem ser interpretados em favor do aderente (art. 423 do Código Civil). O franqueado, portanto, será consciente de que, nos casos em que possui grande possibilidade de julgamento favorável a si em razão da ambiguidade ou contradição de cláusulas contratuais, poderá exigir da franqueadora maior flexibilidade e maior atenção a seus interesses em troca de permanecer negociando. Caso o franqueador demonstre-se inflexível, o franqueado pode encerrar as negociações e buscar seu MAANA ante o Poder Judiciário.

Em suma, em seu aspecto mais importante, as alternativas das partes indicam ao mediador até onde a negociação colaborativa é um caminho viável para as partes. Ainda que pareça contra intuitivo em um primeiro momento, a capacidade de pressão e barganha das partes na mesa de negociação é medida por recursos/habilidades que os mediandos detêm *fora dela*. Nesse sentido, se uma posição é juridicamente tutelada como sendo a “mais fraca”, digna de

⁴³ A título exemplificativo: “*O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico. 3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96.*” (REsp 1602076/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 30/09/2016)

“*Ainda, é pertinente salientar que esta Corte já teve a oportunidade de apreciar demanda em que se discutia cláusula compromissória presente em contrato de adesão que não evidenciava relação de consumo, a exemplo do contrato de franquia, firmando o entendimento de que, nessa espécie de contratação, também se exige o requisito do art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96*” (AgInt no AgInt no AREsp 1029480/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 20/06/2017)

proteção do ordenamento jurídico, esta condição poderá ser utilizada como poder de negociação. Por outro lado, a disponibilidade de recursos, melhores conexões, uma equipe maior, etc. pode manter o desequilíbrio de poder. Nesse caso, como visto, a MAANA pode servir para proteger o negociador contra um acordo que deveria ser rejeitado e/ou aproveitar ao máximo dos ativos que dispõe, de modo que eventual acordo satisfaça seus interesses o máximo possível.

Considerando essas ideias, é importante que o mediador consiga esclarecer o mais rápido possível (idealmente em sessões individuais) quais as alternativas das partes. Se percebe que os mediandos não pensaram sobre isto, é interessante que o mediador ofereça esta oportunidade, realizando perguntas e, possivelmente, solicitando o adiamento da sessão para que um (ou ambos) os mediandos possam refletir sobre esse aspecto. Essa conduta garante que os mediandos possam acessar sua real situação na negociação e tomar decisões estratégicas bem informadas, inclusive sobre se devem adotar ou não postura cooperativa em atenção ao que lhes esperaria fora da mesa de negociação. Nesse sentido, ainda que possa incentivar a interrupção da mediação, a investigação da MAANA das partes tem potencial para fomentar a Característica A (*desenvolvimento de dinâmica cooperativa*) entre franqueador e franqueado.

4.3.7 Separar as pessoas dos problemas

Como mencionado no item 3.2, acima, que tratou das expectativas de franqueador e franqueado ao firmar a parceria, o fator humano é muito relevante nesta relação contratual. Além das razões expostas naquele item, essa relevância decorre do fato de que as trocas, neste sistema, raramente ocorrem em nível organizacional/impessoal. Pelo contrário, elas tendem a ocorrer entre indivíduos representantes de cada unidade do canal de distribuição (franqueador e franqueado) (STRUTTON; PELTON; LUMPKIN, 1993, p. 207). A tendência de que haja confusão entre as pessoas e o problema, portanto, resta evidente.

Como visto no item 4.3.5, acima, o procedimento de mediação pode beneficiar-se da abordagem dos conflitos subjetivos no início da pauta de trabalho. Para além da questão tópica (localização da questão na ordem do procedimento), há diversas atuações do mediador que podem auxiliar os mediandos a alcançar a separação entre as pessoas e os problemas, ou, ao menos, permitir que vejam a situação com maior objetividade do que no início do procedimento.

Como referido por Fisher, Ury e Patton (2014, p. 42) e anteriormente mencionado neste trabalho, o primeiro passo importante é reconhecer e lidar com as emoções dos mediandos. O mediador pode valer-se de ferramentas como, por exemplo, *a transformação de relatos*

negativos ou acusações em preocupações, necessidades desatendidas ou em interesses em comum (ALMEIDA, 2014, p. 94-95).

Esta técnica se baseia na teoria da Comunicação Não-Violenta, que, em breve síntese, entende que todos os nossos sentimentos em relação a determinada pessoa/situação decorrem do atendimento/desatendimento de necessidades humanas (ROSENBERG, 2006). Ao rerepresentar a fala de cunho negativo (carregada de palavras negativas, acusações, etc.) de um mediando identificando quais valores e necessidades estão desatendidas, o mediador permite que o interlocutor e o próprio emissor da mensagem percebam o que se “deseja” e não o que “se quer evitar”. Em outras palavras, “[o] mediador desloca o rumo da conversa: da narrativa em direção a denúncias – o que é ou tem sido indesejável em termos de atitude – para o campo do que pode ou deve ser desejável por todos os envolvidos, como norteadores de convivência” (ALMEIDA, 2014, p. 96)⁴⁴.

Ademais, esta técnica pode vir somada ao *afago* de emoções que tenham surgido na fala de um ou de outro mediando, expressas por meio de palavras negativas. O mediador pode dizer que entende que determinada atitude pode ter causado frustração e raiva⁴⁵ e que todos podem ganhar caso essas emoções tornem-se motor da mudança, do aprimoramento da relação, vez que naquela conjuntura os envolvidos têm a chance de conversar sobre isto.

Outra das técnicas que pode ser adotada é o estímulo do mediador a que não se discuta “culpa” de um ou de outro mediando sobre o problema com que se deparam no presente. Afinal, “procurar culpados faz com que as pessoas se embaralhem com o problema” (FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 46). Goretti (2016, p. 170) afirma, citando a obra de Gaglietti e Costa, que a mediação é um método de gestão humana que parte da autodeterminação e não deve considerar “[...] ‘o homem da moral’ – certo ou errado/culpado ou inocente”.

Esta perspectiva se coaduna perfeitamente com a lógica de visão do conflito como consequência natural dos processos de interação humanos e, principalmente, como oportunidade de crescimento (GORETTI, 2016, p. 170). Quando se entende o conflito como uma consequência da natureza humana – e empresarial – efêmera e sempre em transformação,

⁴⁴ Almeida refere, ainda, que esta técnica pode gerar consequências educativas importantes: “Constatar que valores e necessidades desatendidos servem de base para reclamações, ou até mesmo para algumas condutas inadequadas, permite que os mediados revejam os recursos que estão utilizando na interação com o outro.” (ALMEIDA, 2014, p. 96)

⁴⁵ O ideal, quando se utilizando desta técnica de reconhecimento e afago de emoções, é que o mediador mapeie com atenção a emoção por trás das palavras para evitar que o mediando sintá-se não escutado. Este risco pode ser minorado com a utilização de checagem após a assertiva de afago para verificar a correção da observação, como, por exemplo, “Eu entendi corretamente?”, “Foi isto que você sentiu?”. O mediador pode, ainda, relegar o uso desta ferramenta para as sessões individuais, quando o mediando pode vir a sentir-se mais confortável para tratar de questões subjetivas como suas emoções por não estar diante do outro mediando.

a alocação de culpa tem sua importância diminuída.

Nesse sentido, Braga Neto, escrevendo sobre a mediação empresarial, refere que é um método que parte do “pressuposto óbvio de que o passado não tem como ser modificado”, mas pode ser utilizado como ponto de partida para construir um futuro com a manutenção daquela relação ou não, movimento no qual tende a conscientizar os empresários de que o futuro “está em suas próprias mãos” (BRAGA NETO, 2015, p. 146).

Uma das estratégias que o mediador pode adotar para apresentar tal perspectiva aos mediados é a da *normalização*. Ela consiste em externar, em palavras, o fato de que relações comerciais não se mantêm estanques no tempo, que circunstâncias mercadológicas mudam, que empresas evoluem suas estratégias, e que tudo isto pode gerar rompimentos na comunicação entre parceiros de negócios, além de ocasionar a percepção de que têm interesses incompatíveis, culminando em um conflito. Nesse sentido, Cristofolletti (2015, s/n) refere que “nem sempre a culpa é de uma das partes. O cenário econômico, por si só, pode afetar o negócio, mesmo que todas as obrigações e cláusulas contratuais estejam sendo cumpridas”. A normalização tende, nesse contexto, a diminuir o afã pela busca de culpados, além de colaborar para reavivar a percepção mútua de que os mediados – franqueador e franqueado – são parceiros buscando vencer, juntos, o mercado.

No caso hipotético estudado, essas técnicas podem ser especialmente eficientes para endereçar as questões da pauta subjetiva, e algumas da pauta objetiva, como o debate sobre a responsabilidade pela escolha do ponto comercial. Quanto à pauta subjetiva, o mediador tem a oportunidade de *parafrasear* as falas de Maria e de João, que provavelmente iniciarão carregadas de emoções negativas geradas pelo embate por telefone. Ao apontar para as necessidades não atendidas de cada um dos mediados (sempre verificando a correção de suas constatações com cada um deles por meio de perguntas), o mediador permite que cada um deles e o outro perceba a situação por um outro viés. Esta técnica pode culminar, inclusive, em pedidos de desculpas de parte a parte, que pode ter consequências construtivas. “Um simples ato de pedir desculpas pode desarmar o conflito, porém ele precisa ser sincero, pois, se for entendido como falso, pode piorar tudo” (GROSMAN, 2011, p. 36).

Ademais, quanto à pauta objetiva, seja qual tenha sido a razão para instalação da unidade de Maria naquele local, o dado da realidade é que foi aberto um *shopping center* ao lado, e que o fluxo de clientes na rua diminuiu. O mediador pode, então, apontar para a ideia de que agora os mediados estão ali, conversando, e podem tentar encontrar uma maneira de contornar a situação que faça sentido para ambos.

Há, ainda, diversas outras técnicas que podem ser aplicadas pelo mediador para ajudar

os mediandos a separar as pessoas dos problemas, lidando com emoções e facilitando a comunicação entre as partes. Em razão do escopo limitado do trabalho, a autora limita-se a nomeá-las: (i) esclarecer o significado de expressões ou de palavras com múltiplos sentidos (ALMEIDA, 2014, p. 98); (ii) técnica de inversão de papéis (mais apropriadamente utilizada em sessões individuais) (ALMEIDA, 2014, p. 87); (iii) negociar padrões de comunicação que funcionem (GROSMAN, 2011, p. 35); (iv) utilização do humor (TARTUCE, 2017, p. 256), etc.

Claro está que o ideal de separação entre pessoas e problemas não logra ser alcançado com perfeição em nenhum caso. As pessoas necessariamente interpretam as situações da vida a partir de suas percepções e dos sentimentos e emoções que outras pessoas despertam em si. Outrossim, a ideia de abordar a pauta subjetiva no início do procedimento de mediação não previne que o conflito subjetivo volte a demonstrar-se em outros momentos da mediação e seja, naquele momento, endereçado. Assim, é tarefa do mediador direcionar esforço técnico e atencioso ao fator humano das controvérsias durante todo o processo de mediação.

Em reforço ao já exposto à página 48 deste trabalho, as técnicas que catalisam a separação entre pessoas e problemas nos conflitos entre franqueador e franqueado potencialmente dotam a mediação das Características B (*comunicação aberta e honesta*), C (*endereçamento de toda e qualquer questão que influencie a relação entre os envolvidos, não apenas questões objetivas ou interesses juridicamente tutelados*), E (*visão do “outro” como titular de interesses legítimos, ainda que contrapostos aos seus*) e, conseqüentemente, F (*fortalecimento da relação social preexistente*).

4.3.8 Foco em interesses, não em posições

Como destacado anteriormente, posições diferem de interesses. Interesses são o real objetivo dos envolvidos, aquilo que buscam para satisfazer suas necessidades humanas e – nas empresas – organizacionais. As posições, por outro lado, são o cenário ideal (de atitudes, de alocação de recursos, etc.) que cada parte imaginou, em primeira análise, para alcançar seus interesses. Por vezes, esse *link* entre interesse e posição é feito sem real tomada de consciência, e o mediando sequer se dá conta de que aquele “único caminho possível” é, na verdade, apenas o primeiro modo que logrou pensar para alcançar seu objetivo subjacente.

Goretti (2016, p. 168) refere que “a cognição do invisível (que não pode ser visto no comum das coisas) pode ser tão ou mais importante que a compreensão da verdade dos fatos revelados”. Na mediação, segundo este autor, a investigação aprofundada das “raízes do conflito” e a “sensibilidade do mediador” são os meios para a cognição ampla dos elementos

“revelados e velados do quadro conflituoso”, dentre os quais figuram os interesses e as necessidades dos mediandos.

É comum que o discurso inicial dos envolvidos em uma negociação seja repleto de argumentos de convencimento “que encobrem os efetivos interesses, valores pessoais, institucionais, corporativos e missões das próprias empresas ou organizações” (BRAGA NETO, 2015, p. 147). Quando associado a sentimentos de segregação e competição, como a raiva, é o que Ury (2010) descreve como “*the best speech you will ever regret*”⁴⁶. Isto não decorre necessariamente de uma intenção de enganar a outra parte ao esconder interesses próprios. Pode ser consequência da percepção de que, ao montar um discurso convincente, pode-se lograr conseguir da outra parte o que se entende *prima facie* como melhor opção para si (BRAGA NETO, 2015, p. 147). Contudo, no mais das vezes, a fala inicial dos mediandos é dada desde uma perspectiva autocentrada e limitada, pois ainda não lhe foi concedida a oportunidade de verificar quais vantagens a outra parte pode e está disposta a lhe conceder em troca do atendimento (total ou parcial) de seus interesses.

Tratando do tensionamento entre interesses e posições como a dimensão do conflito chamada “rigidez da questão”, Deutsch (1973, p. 70) afirma que uma questão pode ser rígida em razão (i) da percepção das partes, (ii) do seu enquadre, (iii) de aspectos ambientais/da realidade fática. Quanto à primeira razão, as partes podem partir da percepção de que não há alternativas satisfatórias à sua posição. Iniciam as negociações com um discurso pronto e alguns cenários a defender, pois imaginam que, se não alcançarem exatamente aquela alocação de recursos/attitudes da outra parte, não terão seus interesses alcançados.

Haimenis e Fernandes (2016, p. 179) aportam perspectiva filosófica à investigação dos interesses e à importância da *percepção* dos interesses do outro pelos mediandos na mediação. Como ponto de partida, narram o exemplo de Berkeley (*apud* HAIMENIS; FERNANDES, 2016, p. 179): um remo meio mergulhado em água pode ser percebido como dobrado por quem o olha, mas reto por quem o toca. O filósofo afirmou, diante desta constatação, que nossas perspectivas nunca estão equivocadas, mas que nos equivocamos no julgamento sobre aquilo que é percebido. Por não ser possível um remo dobrado e reto ao mesmo tempo, existiriam, portanto, dois remos – um que é visto e um que é tocado.

A partir deste ensinamento, Haimenis e Fernandes problematizam o fato de que “diante de um dilema (...) assume-se que apenas uma possibilidade seria viável, que apenas uma percepção da realidade estaria correta”. Concluem, assim, que:

⁴⁶ Em tradução livre: “O melhor discurso do qual você vai ser arrependido.”

Essa construção da realidade a partir das percepções e a tendência a se admitir que apenas o que se percebe é real, desqualificando, a priori, a percepção do outro acerca do mesmo evento, levam ao campo das *posições antagônicas e competitivas*. Muitos conflitos nascem a partir de suposições amparadas em percepções que, ao longo do tempo, transmudam-se em “certezas”. Como considera-se que apenas o que se percebe é real, em geral os reais interesses das demais pessoas não são investigados – mesmo o outro é construído a partir de percepções. Assim, polarizam-se as relações. (HAIMENIS, FERNANDES, 2016, p. 181) (sem destaque no original).

No caso hipotético deste trabalho, podemos tomar como exemplo a percepção de João de que só poderá alcançar seu interesse de que a rede da Consertamos mantenha seus serviços e padronização caso Maria cumpra exatamente com a promoção da *Black Week*. Maria, por sua vez, pode ter a percepção de que só logrará preparar tempestivamente seus novos funcionários e deixar de arcar com os custos de tê-los despreparados por certo tempo caso João passe a oferecer treinamentos presenciais mais frequentes, ao menos a cada duas semanas.

Quanto à segunda razão, a forma como a questão é *posta* pode ter o mesmo efeito de enrijecer a questão. Deutsch (1973, p. 70) exemplifica: “‘maior pode sobre o outro’, ‘vitória sobre o outro’, ‘ter mais prestígio que o outro’ são definições rígidas do conflito”, pois impedem que ambas as partes sejam superiores, vitoriosas ou com mais prestígio em relação à outra ao mesmo tempo.

No caso hipotético, a questão será mais rígida caso um dos mediandos demonstre que alcançar sua posição em um acordo é mais importante do que atender aos seus próprios objetivos. Se, para João, for mais relevante fazer Maria se curvar às suas definições de propaganda do que melhorar a estratégia de colocação da rede no mercado, a lógica de “ganhar ou perder” se fará presente, e os mediandos não conseguirão avançar para negociar sobre interesses neste ponto.

Por fim, uma questão pode ter características de rigidez quando efetivamente haja uma contraposição de interesses em razão da escassez de recursos objetivos, o que pode tornar menos provável a resolução do conflito por meio da cooperação (DEUTSCH, 1973, p. 70). É o que Moore (1992, p. 209) denomina uma conjuntura de “interesses mutuamente exclusivos”, quando “a satisfação das necessidades de uma parte impede a satisfação dos interesses da outra”.

Para verificar se há esta espécie de “conflito puro” (DEUTSCH, 1973, p.41) o ideal é que se tente compreender os interesses das partes e gerar opções de ganhos mútuos. Apenas quando estas estratégias falharem – em razão da falta de criatividade das partes em encontrar uma solução que favoreça a ambas ou da real contraposição intransponível de interesses – é que se estará diante de uma questão que pede pelo estabelecimento de critérios objetivos (item

4.3.10, abaixo). Este tipo de questão será mais profundamente analisado na sequência do trabalho.

Os dois primeiros tipos de rigidez – decorrente de percepção ou de enquadre –, contudo, podem ser objeto de técnicas de mediação que visem a identificar interesses e a contornar a barganha posicional das partes. A primeira é a exposição de algumas premissas pelo mediador. Ainda que detenha um quê pedagógico, esta técnica tem uma efetividade prática potencial muito grande: pode despertar nas partes uma nova perspectiva voltada à cooperação. As ideias que podem ser expostas pelo mediador nesse sentido são as seguintes:

- Todas as partes têm interesses e necessidades que são importantes e válidas para elas;
- Uma solução para o problema deve satisfazer o número máximo possível de interesses de cada parte;
- Os interesses podem ser negociados para se conseguir a combinação mais satisfatória;
- Provavelmente há mais de uma solução aceitável para um problema;
- Qualquer conflito envolve interesses compatíveis e conflitantes. (MOORE, 1998, p. 206)

Ainda que nem todas sejam internalizadas como crenças pelas partes, podem ser um passo importante para a negociação com base em interesses. A partir da intervenção descrita acima, o mediador pode fazer uso de *perguntas diretas* sobre os interesses (MOORE, 1998, p. 208). Como interventor imparcial, pode estimular as partes a desvelarem seus interesses ao perguntar diretamente porque uma ou outra posição é importante para aquela parte. Esta técnica pode ter maior efetividade quando utilizada em sessões individuais, pois evita que os mediandos temam revelar totalmente ao outro o que mais valorizam (MOORE, 1998, p. 208).

O mediador pode, ainda, utilizar técnicas de comunicação – como a paráfrase ou o resumo, anteriormente mencionados – para repetir, de forma mais positiva e mais atenta aos interesses subjacentes, a fala das partes. Deste modo, dá a conhecer à outra parte (e ao próprio emissor da mensagem) um encadeamento de ideias mais claro e com maior evidência às necessidades e aos interesses indiretamente mencionados. Caso entenda equivocadamente, a solicitação de que as partes corrijam sua fala pode ser uma ferramenta poderosa: ao corrigir o mediador, o mediando pode deixar ainda mais claro o que quis dizer e/ou os interesses que estão por detrás de sua posição.

No exemplo hipotético, o mediador poderia incluir as frases listadas por Moore (1998, p. 206) em sua declaração de abertura ou em um resumo do relato inicial dos mediandos. Assim, Maria e João perceberiam que, na mediação, têm a oportunidade de explorar seus interesses conjuntos, e que apegar-se às posições iniciais pode dificultar o processo. Idealmente, isto virá

acompanhado do endereçamento da pauta subjetiva que, ao acalmar/reconhecer emoções, facilita a despolarização do conflito. Posteriormente, o mediador pode utilizar da paráfrase para demonstrar que João tem interesse em ter uma rede forte, com uma marca reconhecida no mercado, quer ver o método que criou sendo utilizado corretamente para o conserto de celulares, além de que sente necessidade de ver seu papel como empreendedor e iniciador da rede respeitado. Maria, por sua vez, pode transparecer que sente a necessidade de ter suas opiniões e pesquisas sobre a colocação mercadológica da rede valorizadas, bem como que se sentiu desrespeitada ao ser chamada de “menina” com conotação negativa (implicando sua inexperiência) por João.

Quanto ao *enquadre das questões*, uma ferramenta potencial do mediador é justamente fragmentar o problema em diversos pontos de pauta. Isto pode ser positivo para sua solução construtiva do conflito, como aprofundado no item 4.3.5, acima. A expressão mais construtiva destes pontos de pauta será aquela em que, em cada um deles, as partes possam gerar valor para ambas.

No caso hipotético, o enquadre inicial da questão do *banner*, pela perspectiva de Maria poderá ser “Como farei para utilizar o *banner* e evitar a multa contratual?”; pela perspectiva de João será “Como farei para evitar que Maria desvie sua unidade do *trade dress* da rede Consertamos?”. O mediador, após explorar as questões e os interesses com as partes, poderá ajudá-las a reenquadrar a questão de diversas maneiras (MOORE, 1998, p. 192). Por exemplo: “Há cursos de ação que, ao mesmo tempo, mantêm o padrão da rede e beneficiam-se da informação de que o tempo de conserto é um fator relevante para os clientes daquela região?”, “Como Maria e João podem gerar valor para si e para a rede a partir dessa questão?”, etc.

Outra técnica aplicável a este aspecto da negociação, que está profundamente relacionada às anteriormente mencionadas, é a exposição de interesses comuns e complementares (ALMEIDA, 2014, p. 109, p. 316). Essa técnica é realizada em dois passos: (i) a identificação desses interesses (por meio da escuta ativa e de anotações) e (ii) a sua exposição para os mediandos em momento propício, em que estejam aptos a escutá-los. Ela oportuniza que os mediandos coloquem-se lado a lado visando ao alcance de objetivos que detêm em comum.

No caso hipotético, o interesse comum mais facilmente identificável é o fortalecimento da marca da Consertamos: ela aumenta a clientela de todas as unidades, inclusive a de Maria, e permite que se possa cobrar a mais pelos serviços. Beneficia, portanto, a lucratividade de Maria e de João (por meio dos *royalties*). Outros interesses comuns em potencial são manter a parceria comercial e evitar que informações sobre o conflito sejam tornadas públicas, prejudicando a

imagem da rede e fornecendo dados relevantes para a concorrência, etc.

As técnicas acima mencionadas ajudam os mediandos a superar a barganha posicional e a abrir caminho para a ampliação do leque de soluções possíveis para o conflito, vez que os interesses de cada parte (comuns ou divergentes) podem ser atendido por mais de um cenário. Conferem à mediação, portanto, as Características A.1 (*fomento da percepção de que interesses podem ser (parcialmente) compatibilizados*); A.2 (*fomento da percepção de que não necessariamente haverá um “ganhador” e um “perdedor” ao final do procedimento*); C (*endereçamento de toda e qualquer questão que influencie a relação entre os envolvidos, não apenas questões objetivas ou interesses juridicamente tutelados*) e E (*visão do “outro” como titular de interesses legítimos, ainda que contrapostos aos seus*).

No próximo item, serão analisadas técnicas para efetivamente trazer à baila estes cenários possíveis (opções de ganhos mútuos). Aumentando o leque de opções de solução, e priorizando aquelas que alcançam atender mutuamente o maior número possível de interesses de Maria e de João, as chances de que se desenvolva dinâmica cooperativa entre as partes também aumenta.

4.3.9 Geração de opções de ganhos mútuos

Tendo o mediador guiado as partes por passos procedimentais que as tenham ajudado a separar as pessoas dos problemas e a identificar interesses, é possível iniciar mecanismos de geração de opções criativas de acordo. Contudo, nem sempre as partes reconhecem o valor de trabalhar em conjunto para promover, criativamente, caminhos possíveis antes de adotar estratégias de convencimento e/ou de coerção sobre a outra parte.

É frequente que o mediador tenha que lembrá-las deste valor, ou, ainda, que um mediando só reconheça que é necessário pensar em opções que gerem benefícios mútuos depois de ter falhado em convencer o outro lado dos méritos de sua posição por meio da persuasão ou da pressão (MOORE, 1998, p. 215). Não é raro, ainda, que o negociador se negue a reconhecer que sua proposta foi negada, e “assumindo que, se a técnicas de persuasão correta for usada ou a influência apropriada for exercida, a outra parte vai ceder. Essa postura em geral resulta em um impasse” (MOORE, 1998, p. 215).

Ante este tipo de postura, o mediador terá que voltar à tentativa de destacar a importância de negociar com base em interesses e as vantagens de gerar mais opções possíveis para solucionar a controvérsia. Em sessão individual, poderá trazer à perspectiva do mediando irreduzível que ele possivelmente poderá ter suas necessidades e interesses atendidos

oferecendo algo que não lhe seja caro em troca, em uma lógica de “ganha-ganha” e geração de valor para ambas as partes; contudo, precisará ajudar a outra parte na geração dos cenários em que esta troca se torne possível. Pode, ainda, demonstrar ao outro mediando a importância de reconhecer as necessidades da parte irredutível para fazê-la sentir que foi ouvida e que seus interesses serão levados em conta nas opções discutidas (MOORE, 1998, p. 216). É possível que haja resistência a ambas as tentativas, mas o mediador deverá “ajudar as partes a avaliarem os custos da desconsideração das necessidades de outra parte, a determinarem se as partes realmente têm uma escolha e a medirem os riscos de um impasse” (MOORE, 1998, p. 216).

No caso hipotético, sobre a questão da frequência dos treinamentos, Maria pode demonstrar-se irredutível: quer que ocorram pelo menos a cada duas semanas. O mediador pode ter ajudado as partes a identificar que Maria tem interesse em ter seus funcionários bem treinados tão logo quanto possível quando a partir de sua contratação, e João pode ter demonstrado que também tem interesse de que os atendentes da rede sejam qualificados, mas, ao mesmo tempo, depende recursos (mão-de-obra, materiais, locação de espaço, etc.) consideráveis com a realização de cada módulo do treinamento. Maria, contudo, parece não estar disposta a tratar do assunto em termos de geração de opções.

O mediador pode, em sessão privada, tentar demonstrar a ela que há saídas que alcançam ganhos mútuos para as partes e que Maria poderá dar-se conta disso se passar a colaborar com a criação destas possibilidades. Outrossim, tem a possibilidade de apresentar a João as vantagens de que ele expresse que, se depender dele, o interesse de Maria será considerado na geração de opções. Estas técnicas têm potencial para deslocar Maria de sua posição inicial de exigir treinamentos a cada duas semanas para a postura de participar de um *brainstorming* (técnica que se exporá a seguir), por exemplo.

Tendo as partes concordado em gerar opções que possam beneficiar a ambas, o mediador poderá iniciar o processo de geração de opções que geralmente opera segundo a lógica de que, em primeiro lugar, as partes devem expor soluções que entendem atender (em certa medida) o interesse de ambas; apenas em um segundo momento as opções serão avaliadas por sua pertinência aos interesses, conveniência, etc. “Esta separação garante que o processo será mais abrangente e completo e não será inibido por julgamentos prematuros” (MOORE, 1998, p. 224).

O mediador poderá iniciar propondo que as partes enumerem os aspectos que desejam manter como estão em sua relação. É o que Moore (1998, p. 224) denomina “ratificação do *status quo*”. Pode, ainda, propor que as partes discutam abertamente sobre ideias. Se esta for a estratégia adotada, o mediador deverá garantir que as partes não se sintam prematuramente

vinculadas às ideias que expuserem e fazer resumos/paráfrases sempre que sentir que as colocações podem ser melhor esclarecidas (MOORE, 1998, p. 224).

A técnica que representa, por excelência, este ponto da mediação é a “chuva de ideias” ou *brainstorming*⁴⁷. Ela se inicia com uma pergunta do tipo “como”, que pode ser formulada pelo mediador. No caso hipotético, por exemplo, “como João e Maria podem contornar a diminuição do número de clientes gerada pela abertura do *shopping center*?”. O mediador deve estimular que as partes evitem expor opções puramente auto interessadas e expressar julgamentos verbais ou não verbais das opções antes do tempo combinado para tanto (MOORE, 1998, p. 225). A avaliação das opções só será realizada após a geração de um número satisfatório de soluções possíveis.⁴⁸

Sobre o ponto do *shopping center*, no caso hipotético, e seguindo as técnicas acima expostas, João e Maria podem manifestar que querem manter na parceria a boa troca de informações sobre a gestão da unidade de Maria, que parece a ambos ser eficiente por meio do sistema criado por João. Este é um ponto inicial de um possível acordo entre ambos, e um bom primeiro passo para que o mediador os encoraje a continuar colaborando.

Podem, em seguida, no *brainstorming*, enumerar opções: investir na colocação de um *outdoor* próximo ao local da unidade de Maria e do *shopping* para tentar redirecionar a clientela; transportar a unidade de Maria para dentro do *shopping*; contratar pessoas para distribuir panfletos da loja; investir em estratégia de aquisição de clientes por meio de redes sociais enfocada naquela localidade; estabelecer promoção em termos que agradem a ambas as partes; etc.

Quando a questão envolve interesses convergentes das partes, a geração de opções se potencializa ainda mais. Tartuce (2017, p. 365) destaca, com base na obra de Riskin, que nos conflitos empresariais, “caso reconhecida a presença de interesses mútuos na manutenção de boas relações profissionais (especialmente se as empresas são interdependentes)” – notadamente, a geração de lucro e a manutenção de uma boa reputação perante o mercado – a mediação pode não se limitar ao ponto controvertido que levou os mediandos à sessão. É dizer, tem a vantagem de poder levar as partes a discutir outros aspectos do negócio e “se

⁴⁷ Uma parte poderia propor, em negociação direta, a realização do *brainstorming*. Contudo, a presença do mediador pode diminuir o custo deste movimento por quatro razões: (i) pesquisas empíricas demonstram que sugestões de procedimento feitas por terceiros imparciais tendem a ser mais aceitas e confiadas do que aquelas sugeridas por pessoas com interesses na controvérsia; (ii) o *status* e conhecimento do mediador faz com que as partes confiem mais no procedimento e estejam mais dispostas a experimentá-lo; (iii) o mediador compartilha a responsabilidade sobre o método; e (iv) o mediador gasta tempo e energia identificando o método adequado, algo que as partes, em geral, não fazem por não ter estes recursos à disposição (MOORE, 1998, p. 223-224)

aperfeiçoarem de uma maneira não imaginada antes das negociações iniciadas pela disputa” (TARTUCE, 2017, p. 266).

Após a exposição de todas as opções que os mediandos lograram pensar, o mediador poderá conduzi-los à fase de avaliação. Nesta, as partes idealmente poderão “rever seus interesses, (...) determinar os custos e benefícios de escolher ou não uma das soluções, determinar a melhor alternativa a um acordo negociado, iniciar o processo de modificação, integração, combinação, desistência e negociação das opções até chegar a um acordo final”.

Com todos os caminhos expostos, as partes podem argumentar a favor de uma ou outra opção, e o mediador deverá atentar para a realização de ameaças ou tentativas de coerção. Outrossim, o mediador pode questionar em *sessão individual* sobre a adequação de determinada opção gerada pelas partes aos interesses próprios daquele mediando. Isto potencialmente gerará reflexão: o mediando dar-se-á conta de que a opção realmente atende a seus interesses de forma satisfatória e sentir-se-á mais seguro a continuar investigando aquela opção com a outra parte; ou, por outro lado, perceberá que sua tendência a aceitar a opção é decorrência de um mecanismo de cooperação prematura ou que está cedendo a pressões, e que deverá convencer a outra parte para que adaptem a opção ou a descartem e passem para a próxima.

Ademais, é papel do mediador evitar que a cooperação prematura prevista por Deutsch (1973) aconteça, e uma das ferramentas para tanto é utilizar-se de perguntas abertas que levem as partes a retornar a seus critérios objetivos e a seus interesses próprios. Fazer perguntas sobre os conceitos e/ou combinados sobre os quais as partes parecem concordar, por exemplo, pode levá-las à conclusão de que, em realidade, estão apenas parcialmente de acordo, e que precisarão debater a questão mais a fundo. A mesma técnica pode ser muito útil quando se percebe que o poder econômico ou social de um dos mediandos está dificultando que o outro acesse todas as consequências daquela opção específica para si.

Em linha com o acima mencionado, Almeida (2014, p. 122) suscita o papel de “agente de realidade” do mediador nesta etapa do processo: cabe ao terceiro imparcial “suscitar avaliação sobre a viabilidade prática e sobre os custos e benefícios provenientes das deliberações e decisões resultantes da fase de negociações (...)”, de modo a envolver as opções com as características da “exequibilidade, efetividade e eficácia” (ALMEIDA, 2014, p. 122).

O processo de avaliação das opções pode ser mais ou menos árido, a depender da confiança que as partes já desenvolveram ao longo do processo e da qualidade das opções geradas. É importante destacar que, em uma mediação bem conduzida, a MAANA de cada mediando operará papel de grande relevância na decisão de aceitar ou não determinado

acordo⁴⁹. É, como já mencionado, um dos critérios mais importantes – senão o mais – na decisão de abortar as negociações sobre uma, algumas ou todas as questões controvertidas.

Se uma parte tem uma MAANA que atende de forma insatisfatória ou pouco satisfatória seus interesses e as opções geradas superam em custo/temporalidade as vantagens, a parte tende a engajar esforços para que um acordo seja fechado. Por outro lado, nas situações em que as opções de ganhos mútuo mais benéficas para determinada parte não superam aquilo que esta parte pode alcançar fora da mesa de negociação, há tendência de que a parte não desenvolva comportamento cooperativo com a outra, queira demandar a adoção de opções que gerem muito mais valor para si do que para o outro mediando e, eventualmente, declare o fim da negociação sem o alcance de um consenso.

Por vezes, os mediandos se deparam com a conclusão de que efetivamente estão diante de interesses contrapostos. No caso hipotético, quanto à questão da promoção, Maria quer que as promoções sejam menos atrativas, aumentando em apenas 150% (por exemplo) a demanda pelos serviços da sua unidade; se o aumento for maior, ela acaba tendo que contratar mais mão-de-obra, seus gastos crescem, e ultrapassa o ponto ótimo de lucratividade. Para João, por outro lado, se a demanda aumentar em 200% ou em 300%, o faturamento da loja de Maria também cresce nessa proporção – por consequência, os *royalties* (incidentes, por contrato, sobre o faturamento e não sobre o lucro) seguem engordando. É um exemplo causado pela diferença na estrutura de custos dos contratantes⁵⁰. Nestes casos, o mediador pode tentar fazer com que as partes concordem com critérios objetivos para definir qual nível de desconto será adotado na próxima promoção, técnica apresentada no item 4.3.10, abaixo.

As partes podem, também, se beneficiar da estratégia de propor opções abrangentes ou “acordos em pacote” (MOORE, 1998, p. 228), em que as questões-chave e os interesses mais relevantes são negociados em conjunto. É uma técnica que pode ser usada para equilibrar perdas e ganhos das partes de modo que o acordo, em sua totalidade, seja mutuamente aceitável. Esta estratégia é mais indicada quando houver troca de informações suficientes para permitir às partes construir estes pacotes em termos benéficos para ambas (MOORE, 1998, p. 228). Contudo, não há garantias de que as partes lograrão contornar a existência de interesses objetivamente contrapostos.

No caso hipotético, João pode propor à Maria que (i) ela arque com o aumento da demanda nas épocas de promoção, (ii) Maria possa realizar testes com variações do *trade dress* na sua unidade – e comunique os resultados uma vez por mês a João, por meio de uma ligação

⁴⁹ Ver item 4.3.6 deste trabalho.

⁵⁰ Ver item 3.3 deste trabalho.

telefônica, (iii) bem como que João dispense recursos para gravar os treinamentos e oferecê-los *online* para os novos funcionários contratados por Maria no meio tempo entre as sessões de treinamento presencial, que se tornariam mais frequentes (a cada mês). Este é um “pacote” de acordo que potencialmente atinge parte dos interesses de ambos. João acaba beneficiado no sentido de manter o padrão de promoções em toda a rede, bem como em maximizar seus ganhos com elas; Maria, por outro lado, teria atendida sua necessidade de ter a inovação negocial gerada por ela levada em consideração e diminuídos seus custos com funcionários despreparados. Não há garantia de que este tipo de estratégia logre contornar a existência de interesses contrapostos; contudo, pode aumentar a possibilidade de que o faça.

Em suma, todas as técnicas acima expostas, direcionadas à geração e à avaliação de opções, possuem evidente potencial para gerar consequências construtivas a partir do conflito. Tendem a deslocar as partes a uma lógica de cooperação, em que percebem poder alcançar um resultado de “soma não-zero”, em que todos tenham (ao menos parcialmente) seus interesses atendidos. Ademais, pode fortalecer nas partes a sensação de que estão lutando a lado a lado para solucionar um problema que atinge a ambas. As chances de que se instaure um impasse ante uma miríade de soluções possíveis é menor; e, mesmo quando o impasse ocorre, é sempre possível que o mediador intente rever com os mediados as vantagens de utilizar os interesses como instrumento de medida principal das opções (em lugar das estratégias de pressão ou de persuasão). Alcança-se potencialmente, portanto, as Características A (abrangendo A.1, A.2 e A.3), D e E, podendo dar azo, também, à F (*fortalecimento da relação social preexistente*).

Por outro lado, como exposto, a mediação “não opera milagres”: a existência de uma MAANA superior às opções geradas ou a impossibilidade da compatibilização de interesses de caráter nitidamente competitivos pode dificultar o direcionamento do conflito a características puramente (ou predominantemente) construtivas. É certo, contudo, que, mesmo nestas situações, a mediação pode ser benéfica ao ter permitido às partes endereças as questões subjetivas da controvérsia (o conflito relacional) e, ainda que a parceria acabe, pode ter possibilitado o reestabelecimento da cordialidade ou, ao menos, do respeito entre os envolvidos. Isto potencialmente diminui as chances de que o conflito escale e permite que, caso as partes tenham que recorrer à heterocomposição, o clima belicoso – que tanto interfere na prestação jurisdicional ou arbitral (com o excesso de manifestações protelatórias, etc.) – seja minorado em comparação ao que teria ocorrido caso as partes não houvessem passado pela mediação.

4.3.10 Utilização de critérios objetivos

Técnicas de mediação destinadas a auxiliar os mediandos a alcançar o quarto postulado da negociação com base em princípios da Escola de Harvard são menos frequentes na literatura nacional sobre mediação. Contudo, com base na descrição apresentada por Fisher, Ury e Patton (2014)⁵¹, será possível apresentar a aplicação deste postulado ao caso hipotético proposto.

A maior importância do uso de critérios objetivos ocorre quando os envolvidos se deparam com interesses contraditórios. Um vendedor quer vender seu carro pelo preço mais alto possível, o comprador quer comprá-lo pelo mais baixo possível. Nem todo o diálogo e geração de opções do mundo podem modificar esta específica constatação. Nestas situações, há grande tendência de que os negociadores se engajem em uma negociação de barganha – cada um empurrando a linha de divisão do bolo para o extremo que mais lhe convém.

Na relação de franquia não é diferente. Na questão da promoção, em que João e Maria têm estruturas de custos diferentes⁵², se o mediador não lograr evitar, eles podem acabar negociando em termos de quantos clientes Maria será obrigada a atender nos períodos de promoção. João quer que ela atenda todos; Maria deseja atender apenas os clientes equivalentes a 150% de sua demanda habitual. João percebe que lhe convém ceder um pouco para fechar um acordo e “se livrar da situação”, e permitir que Maria negue atendimento a alguns consumidores, mas firma posição de que ela terá de atender ao menos 200% de sua demanda corrente. Maria, por outro lado, chega à conclusão de que terá de arcar com certo prejuízo nas épocas de promoção se quiser acertar um acordo, mas não está disposta a atender mais do que 175% dos clientes que atende em dias normais (sem promoção).

Ainda que eles logrem, nesse “puxa-empurra” de percentuais, chegar a um meio termo (“Maria atenderá 182,5% de sua demanda habitual em períodos de promoção), este acordo claramente não é benéfico nem em termos relacionais, nem termos objetivos. É provável que ambos se estressem e acabem desgastando a comunicação ao barganhar pelo aumento/diminuição do número de clientes. Ademais, a marca da rede restará prejudicada pela negativa de atendimento de Maria: os clientes que chegarem à sua loja e tiverem atendimento negado se sentirão enganados pela propaganda da promoção.

Neste tipo de caso, a negociação sobre critérios de justiça/equidade (critérios objetivos) pode ajudar. No exemplo, o mediador pode perguntar aos mediandos o que está por detrás do aparente impasse que os está forçando a negociar por meio da barganha. Eles, guiados pelas perguntas do mediador, possivelmente chegarão à conclusão de que o fundamento do problema está na estrutura de custos. O mediador, então, poderá sugerir que eles reflitam sobre um critério

⁵¹ Ver item 4.2 deste trabalho.

⁵² Ver item 3.3 deste trabalho.

objetivo que agrade a ambos quanto a uma estruturação ou arranjo que faça sentido independentemente da vontade de qualquer das partes, seja porque já foi usada com sucesso em outras redes, seja porque equivale à estrutura aplicada a outra unidade da franquia que logra superar o problema de excesso de demanda, etc.

No caso concreto, os mediandos podem se dar conta de que modificar o contrato para que, nos períodos de promoção, os *royalties* incidam sobre o lucro e não sobre o faturamento é uma solução que parece justa para ambos. Assim, Maria tem mais incentivo a contratar mais funcionários/pagar horas-extra aos seus, pois os custos em que incorrer diminuirão os *royalties* pagos a João; João, por outro lado, continuará a ganhar com base no número de clientes atendidos, o que incentiva que se esforce para fazer promoções incríveis para os consumidores.

Outra possibilidade de inserção de critérios objetivos é a delegação do poder de decisão sobre o critério a um terceiro. Não necessariamente em uma arbitragem completa ou em um procedimento judicial, os mediandos podem chamar um consultor especialista em franquias para apoiar-lhes. Ou estabelecer que uma parte fará a divisão “do bolo” e a outra escolherá qual parte lhe cabe. É o que Fisher, Ury e Patton (2014, p. 95) denominam estabelecer “processos justos”. Quando os envolvidos demonstram não lograr alcançar por si a definição de critérios/soluções materiais, podem concordar com um procedimento que entendam justo para solucionar o impasse.

No caso hipotético, quanto ao ponto da inovação, os mediandos não logram encontrar uma saída, em que pese tenham interesse concomitante: ter uma rede forte ante concorrentes. Maria, por ter interesse de influenciar mais as decisões da rede com base em seu conhecimento e pesquisas realizadas em sua unidade, quer que ela e demais franqueados tenham poder de veto sobre decisões estratégicas da franquia quanto ao desenvolvimento de novos serviços/promoções/estratégias de *marketing*. João, por querer gerir a franquia como entende ser mais adequado com base em sua experiência, não está disposto a desfazer-se de tanto poder em prol dos franqueados, inclusive por temer que os franqueados agiriam em seu interesse próprio e não no interesse da rede (o dilema das relações de Agência)⁵³.

Oferecendo aos mediandos o *insight* de que podem concordar com um critério objetivo – e usando como exemplo a intervenção de terceiro – o mediador tende a suscitar nos mediandos novas perspectivas sobre a resolução do “impasse”⁵⁴. Maria e João podem, então, concordar em

⁵³ Ver item 3.2.1 deste trabalho.

⁵⁴ O nível de interferência do mediador e o que será qualificado como “fazer sugestões de solução” (algo inaceitável para parte dos autores que escrevem sobre o tema) dependerá do estilo de mediação da cada profissional. À autora parece que, seja qual for a tendência do mediador (mais ou menos interventor no sentido de aportar *insights* de sua

contratar um consultor especializado em franquias em que ambos confiem⁵⁵. Esse profissional, então, poderá estruturar um sistema de troca de informações sobre inovação gerada por franqueados com base em sua experiência que logre, ao mesmo tempo, aproveitar as descobertas da rede e minimizar os *moral hazards* da relação de Agência.

O postulado de basear a busca por uma solução em critérios objetivos notadamente presenteia a mediação e as técnicas aplicadas para tanto com a Característica E (*fomentar a visão do “outro” como titular de interesses legítimos, ainda que contrapostos aos seus*). De certo modo, a catalisação da busca por critérios que transbordam a mera vontade ou a conveniência dos mediandos, permite que se vejam como adversários (ou mesmo parceiros) dignos de convencimento, e não de estratégias de coerção como a força ou a fraude; isto inegavelmente tem caráter construtivo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na estrutura de estudo proposta, e à guisa de encerramento, apresentam-se as seguintes considerações finais:

1. Os termos “conflito” ou “controvérsia” como utilizados neste trabalho extrapolam o sentido de “lide”, de “litígio” ou de “competição”, por abordarem tanto os interesses juridicamente tutelados quanto os aspectos pessoais (psicológicos) e de interação social entre os envolvidos, bem como por denominar fenômeno que pode ser endereçado por meio de dinâmicas cooperativas, e não apenas competitivas.
2. Os conflitos podem ter consequências positivas (melhoria na qualidade das relações, atualização de papéis sociais, prevenção da estagnação, crescimento pessoal e social etc.) ou negativas (enfraquecimento ou rompimento de laços, exacerbação do conflito, violência, insatisfação, etc.) para os envolvidos e para a sociedade; a forma de lidar com eles é determinante para definir quais serão suas consequências.
3. Há uma relação de causa e efeito entre dinâmicas cooperativas e conflitos com consequências construtivas; igualmente, entre dinâmicas competitivas e conflitos com consequências destrutivas. Contudo, são raras as ocasiões em que um conflito real se

experiência aos mediandos), o que é realmente essencial é a manutenção da imparcialidade e do *rapport* estabelecido com os mediandos.

⁵⁵ O mediador deverá, atuando como agente de realidade, lembrar de perguntar aos mediandos quem arcará com esse custo para evitar posterior distensão entre eles.

desenvolva conforme apenas uma das dinâmicas, sendo muito comum que os envolvidos operem em uma mescla de ambos os tipos de dinâmica.

4. Conflitos podem surgir em decorrência de real contraposição de interesses ou de uma contraposição percebida, causada por aspectos subjetivos.
5. Métodos de resolução de conflitos que oportunizam o endereçamento construtivo das controvérsias estão voltados a fomentar no conflito e nos envolvidos:

Característica A: dinâmica de cooperação, caracterizada por:

A.1: percepção de que interesses podem ser (parcialmente) compatibilizados;

A.2: percepção de que não necessariamente haverá um “ganhador” e um “perdedor” ao final do procedimento;

A.3: percepção de que, quanto a objetivos/interesses comuns, os envolvidos podem somar esforços para alcançá-los e, quanto a objetivos/interesses diversos ou contrapostos, os envolvidos podem somar recursos intelectuais para solucionar impasses;

Característica B: comunicação aberta e honesta;

Característica C: endereçamento de toda e qualquer questão que influencie a relação entre os envolvidos, não apenas questões objetivas ou interesses juridicamente tutelados;

Característica D: normalização do conflito e adoção de enfoque prospectivo para sua resolução;

Característica E: visão do “outro” como titular de interesses legítimos, ainda que contrapostos aos seus;

Característica F: fortalecimento da relação social preexistente.

6. A relação de franquia remonta à Idade Média, mas passou a existir como hoje a conhecemos no final do século XIX nos Estados Unidos da América. Chegou ao Brasil entre as décadas de 60 e 70 e foi regulamentada pela Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994.
7. O contrato de franquia na modalidade *business format franchise* pode contemplar uma miríade de obrigações, que podem ser resumidas como a transferência do *know-how* de um modelo de negócios completo, bem como a licença para uso da marca da franqueadora e prestação de assistência continuada ao franqueado, que remunera a franqueadora por meio de “taxas” fixas ou periódicas.
8. Quanto à sua natureza jurídica, o contrato de franquia tem as seguintes características:

é bilateral, *intuitu personae*, de adesão, consensual, comutativo, oneroso e de execução continuada/relacional; caracteriza-se, ainda, via de regra, pela existência de assimetria de informação e de poder entre os contratantes.

9. O franqueador decide franquear seu modelo de negócios e sua marca visando, principalmente, a expandir a distribuição de produtos e serviços por um preço baixo e sem perder o controle sobre aspectos prioritários do negócio. Outras vantagens percebidas são o fortalecimento da marca, a geração de inovação sobre produtos ou serviços, bem como a economia de escala e a melhora no fluxo de caixa. Há, ainda, todas as expectativas e vantagens subjetivas buscadas pelos *stakeholders* da empresa franqueadora.
10. O franqueado decide adquirir os direitos sobre uma unidade franqueada porque representa uma forma menos arriscada de empreendedorismo. Fatores como: acesso ao *know-how* do franqueador; utilização de marca já estabelecida no mercado e com consumidores já fidelizados; plano de negócios já formatado; rapidez na implantação de um negócio; acompanhamento e treinamento constantes por parte do franqueador; menor gasto com pesquisa e desenvolvimento de produtos/serviços; *marketing* compartilhado; facilidade na obtenção de crédito em razão da expressividade econômica da rede de franquias e do franqueador ante instituições financeiras; custos de obtenção de insumos reduzidos em razão da economia de escala proporcionada pela rede de franquias; são determinantes para o franqueado, e vêm acompanhados de todas as expectativas subjetivas que a abertura de um negócio pode supor em seu íntimo.
11. A relação entre franqueador e franqueado, como qualquer relação social, origina conflitos. Algumas dos pontos focais das controvérsias, perceptivelmente relacionados às expectativas das partes ao adentrar o negócio, são: insatisfação quanto à rentabilidade da franquia; estruturas de custos diferentes; escolha/perfil do franqueado; definição do ponto comercial; administração do clima do relacionamento na rede de franquias; problemas de continuidade no fornecimento de produtos/matéria-prima; controle do franqueador e padronização da rede; uso comum da marca; canais para desenvolvimento conjunto de inovação; gestão do fundo de propaganda e marketing; e política de expansão da rede.
12. Há diversos modelos de mediação, sendo que cada um deles adota perspectivas diferentes sobre o conflito, os mediandos, o mediador e as técnicas de mediação. O modelo escolhido como referencial teórico para o trabalho é o da mediação tradicional de Harvard, fundada nos postulados da negociação com base em princípios.

13. A negociação direta que visa a separar as pessoas dos problemas, negociar com base em interesses e não em posições, gerar opções de ganhos mútuos e utilizar critérios objetivos para a definição de uma solução é um método que, potencialmente, alcança as características descritas no item 2.1 do trabalho e na Consideração Final nº 5.
14. Contudo, a negociação direta demanda certo nível de *expertise* e de disposição dos envolvidos (aqui incluídos os advogados dos negociadores) para alcançar ser bem-sucedida; o papel do mediador, portanto, pode ser de grande valia para facilitar o processo.
15. Conforme frases ao final de cada um dos itens de 4.3.1 a 4.3.10, as técnicas que estão à disposição do mediador potencialmente alcançam, em conjunto, concedem ao método da mediação todas as características de um procedimento que pode auxiliar franqueador e franqueado na resolução construtiva de seus conflitos. A autora detém a percepção de que essa conclusão poderia ser estendida a outros conflitos de natureza empresarial e, com menor acurácia, a conflitos civis (familiares, de vizinhança, etc.) – impressão que daria azo a possíveis hipóteses de pesquisa futura.
16. Uma advertência importante, contudo, é a de que a transformação dessas potencialidades em benefícios reais nos conflitos entre franqueador e franqueado depende do caso concreto. Em outras palavras, a real efetivação (A) do desenvolvimento de dinâmicas cooperativas, (B) de comunicação honesta e aberta, (C) de endereçamento de todas as questões envolvidas no conflito, bem como (D) a adoção de enfoque prospectivo, (E) a visão do “outro” como portador de emoções e interesses legítimos, além da (F) manutenção ou fortalecimento da relação social preexistente só poderá ser aferida diante de circunstâncias concretas do conflito e da relação entre os mediandos.
17. Isto porque, por exemplo, a existência de uma Melhor Alternativa à Negociação de um Acordo (MAANA) muito benéfica a um dos mediandos pode retirar os incentivos para que este atue de forma cooperativa, tornando as melhores técnicas de mediação inócuas – o que não necessariamente tem conotação negativa, simplesmente é decorrência das circunstâncias, como descrito em detalhe no item 4.3.6, acima.
18. Outrossim, ainda que possa ser contornada por estratégias de negociação como a proposta de acordos em bloco (como descrito no item 4.3.8, acima), a existência de interesses objetivamente contrapostos pode impedir que franqueador e franqueado logrem alcançar solução que seja mutuamente benéfica. Deste modo, pode dificultar que alcancem manter-se na relação de franquia, ocasionando rompimento os laços sociais e contratuais preexistentes.

19. É percepção da autora que, ainda quando os mediandos decidem romper relações e/ou buscar outro método de resolução de conflitos, a mediação demonstra-se potencialmente construtiva por conter a escalada do conflito e permitir que os envolvidos tomem os próximos passos com alguma bagagem de aprendizado sobre a resolução construtiva de controvérsias. Se não encerrada em estágio demasiadamente inicial, poderá ter permitido às partes endereçar as questões subjetivas da controvérsia (o conflito relacional) e, ainda que a parceria acabe, ter possibilitado o reestabelecimento da cordialidade ou, ao menos, do respeito entre os envolvidos. Isto potencialmente diminui as chances de que o conflito escale e permite que, caso as partes tenham que recorrer à heterocomposição, o clima belicoso – que tanto interfere na prestação jurisdicional ou arbitral (com o excesso de manifestações protelatórias, etc.) – seja minorado em comparação ao que teria ocorrido caso as partes não houvessem passado pela mediação. Essa é hipótese que pode ser testada por meio de outra pesquisa.

REFERÊNCIAS

- ABFa – Associação Brasileira de *Franchising*. Desempenho do Franchising 2017. Informações do site. Disponível em: < <https://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2018/03/Desempenho-do-Franchising-2017.pdf> >. Acesso em 09 nov. 2018.
- ABFb – Associação Brasileira de *Franchising*. Mediação e Arbitragem. Informações do site. Disponível em: <<https://www.abf.com.br/beneficios/mediacao-e-arbitragem/>>. Acesso em 09 nov. 2018.
- ALBUQUERQUE, Marcos; LADEIRA, Rodrigo; LAROCCA, Maria Teresa. Conflitos Potenciais na Relação entre Franqueadores e Franqueados Soteropolitanos. **REMark – Revista Brasileira de Marketing**, São Paulo, Edição Especial, v. 15, n. 4, p. 554-565. nov. 2016.
- ALMEIDA, Tânia. **Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash, 2014.
- ANDRADE, Jorge Pereira. **Contratos de franquia e leasing**. São Paulo: Editora Atlas, 1997.
- AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. In: SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. 2 ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel'Mondo, 2015, p. 17-33. Disponível em: <https://www.academia.edu/22380472/Media%C3%A7%C3%A3o_de_conflitos_novo_paradigma_de_acesso_%C3%A0_justi%C3%A7a>. Acesso em: 02 de nov. 2018.
- BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- BASTOS, Simone de Almeida Ribeiro. Análise do Conflito: Causas e Dinâmica. In: BASTOS, Simone de Almeida Ribeiro; CORRÊA, Marcelo Girarde; PASSANI, Andrezza Gaglionone; OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer (org.). **Resolução de conflitos para representantes de empresa**. 1. ed. Brasília: Fundação Universidade De Brasília, 2014.
- BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising & Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- BERNARD, Daniel Alberto. **Franchising: avalie este investimento**. São Paulo: Atlas, 1992.
- BRAGA NETO, Adolfo. A mediação de conflitos no contexto empresarial. In: SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. 2 ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015, p. 145-156. Disponível em: <https://www.academia.edu/22380472/Media%C3%A7%C3%A3o_de_conflitos_novo_paradigma_de_acesso_%C3%A0_justi%C3%A7a> Acesso em: 02 de nov. 2018.
- BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. **The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict**. 3. ed. rev. faSan Francisco: Jossey-Bass, 2004.
- BRASIL. Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18955.htm> Acesso em 30 out 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1602076/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Julgado em 15/09/2016, publicado em 30/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1029480/SP, Relator Ministro Raul Araújo. Julgado em 06/06/2017 publicado em 20/06/2017.

CÂMARA LEGISLATIVA. Exposição de motivos da Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1994/lei-8955-15-dezembro-1994-349836-exposicao-demotivos-149737-pl.html>> Acesso em 26 nov. 2018.

CERVEIRA, Daniel. Brigou com o franqueador? Veja 10 dicas para solucionar conflitos. G1, São Paulo, 27 jun. de 2015. Entrevista concedida a Taís Laporta. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/pme/noticia/2015/06/brigou-com-o-franqueador-veja-10-dicas-para-solucionar-conflitos.html>>. Acesso em 18 de nov. 2018.

COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. 1 ed. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, v. 3, p. 161-201.

CHERTO, Marcelo. **Franchising: Revolução no Marketing**. 2. ed. São Paulo: McGraw-Hill, 1988.

CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do franchising**. São Paulo: Atlas, 2003.

CREUZ, Luís Rodolfo Cruz; OLIVEIRA, Bruno Batista da Costa de. Indenizações no sistema de franquia empresarial. **Revista dos Tribunais Online**. v. 825. out. 2006. p. 54-84.

CRISTOFOLETTI, Altino. Brigou com o franqueador? Veja 10 dicas para solucionar conflitos. G1, São Paulo, 27 jun. de 2015. Entrevista concedida a Taís Laporta. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/pme/noticia/2015/06/brigou-com-o-franqueador-veja-10-dicas-para-solucionar-conflitos.html>>. Acesso em 18 de nov. 2018.

DEUTSCH, Morton. The resolution of conflict: constructive and destructive processes. New Haven and London: Yale University Press, 1973. Tradução por Arthur Coimbra de Oliveira. Revisão por Francisco Schertel Mendes. Tradução publicada em: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. 1 ed. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, v. 3.

FALECK, Diego. TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. Disponível em: <www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso em 24 nov. 2018

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. 1. ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

FREITAS JR., Antônio Rodrigues de. Sobre a relevância de uma noção precisa de conflito. **Revista do Advogado**, v.34, n. 123, p. 11-18, ago. 2014. Disponível em: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/123/revista_advogado_123/assets/basic-html/page-11.html>. Acesso em 20 de set. de 2018.

GAMA, Rogério. Franqueador & Franqueado: construindo o relacionamento desde o primeiro encontro. In: Franchising: aprenda com os especialistas. FILHO, Beto *et al.* 1. ed. bilíngue. Rio de Janeiro: ABF-Rio, 2013. p. 131-145.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e Acesso à Justiça**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

GUERRA, Alexandre Freire. Relacionamentos, incentivos e conflitos em franquias. In: MELO, Pedro Lucas de Resende; ANDREASSI, Tales (orgs.). **Franquias Brasileiras: estratégia, empreendedorismo, inovação e internacionalização**. São Paulo: Cengage Learning Editores, 2012.

GROSMAN, Cláudia Finkel; BAYER, Sandra Regina Garcia Olivan. As oportunidades da aplicação da mediação no âmbito empresarial. In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: JusPodvum, 2016. p. 383-391.

GROSMAN, Cláudia Finkel. A comunicação e o gerenciamento do conflito na mediação. In: Mediação no judiciário. In: GROSMAN, Cláudia F.; MANDELBAUM, Helena G. (org). **Mediação no Judiciário: teoria na prática e prática na teoria**. 1 ed. São Paulo: Primavera Editorial, 2011, p. 20-53.

HAIMENIS, Elizabeth; FERNANDES, Fernando Antônio. Alguns aportes da filosofia e da negociação para a mediação de conflitos. In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: JusPodvum, 2016. p. 179-187.

HAYNES, John M.; HAYNES, Gretchen L., FONG, Larry Sun. Mediation: positive conflict management. New York: State University of New York Press, Albany, 2004.

IFA – International Franchise Association. **What is a franchise**. Disponível em: <<https://www.franchise.org/what-is-a-franchise>>. Acesso em 31 de out. de 2018.

KRAUSE, Henry. **Os Sete Elementos da Negociação de Harvard**. 2018. Palestra realizada na OAB/RS Cubo em 27 de maio de 2018.

LIMA, Evandro Souza e; PELAJO, Samantha. Dinâmica da Mediação: Ferramentas – Alguns Aportes. In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: JusPodvum, 2016. p. 271-281.

LIMA JÚNIOR, Aloísio Soares de; LUNA, Rosemar Martins; SOUSA, Ana Rosa de. Evolução do Sistema de Franquias no Brasil. **REMark – Revista Brasileira de Marketing**, São Paulo, v. 11, n. 1, jan/abr. 2012, p. 94-112.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **A Constitucionalização da Solução Pacífica de Conflitos na Ordem Jurídica de 1988**. 162 f. Dissertação (Mestrado em Constituição e Garantia de Direitos) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2012.

MAEMURA, Márcia Mitie Durante. **Análise de conflitos e soluções adotadas por franquias**

do setor alimentício – um estudo multicaso. 221 f. Dissertação (Mestrado em Administração de Organizações) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2009.

MOORE, Christopher W. O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. trad. Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MANFREDI, Denise; BURBRIDGE, Marc. Mediação Corporativa: Desenvolvendo o Diálogo Estratégico no Ambiente de Negócios. In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodvum, 2016. p. 353-366..

NOGUEIRA, Clariana Ribeiro; LOURENZANI, Ana Elisa Bressan; DADARIO, Natalia. Conflitos de Relacionamento entre Franqueador e Franqueados: um Estudo em Franquias do Ramo Alimentício sob a Ótica do Franqueado na Região Administrativa de Marília (SP). **CONTEXTUS – Revista Contemporânea de Economia e Gestão**. v. 15, n. 3, p. 8-33. set./dez. 2017.

PASSO CABRAL, Antônio do; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação Direta ou Resolução Colaborativa de Disputas (*Collaborative Law*): “Mediação sem Mediador”. **Revista de Processo**. v. 259/2016, set. 2016, p. 471-489.

PRADO, Melitha Novoa. **Franchising**: na alegria e na tristeza. 3. ed. São Paulo: Ed. do Autor, 2009.

QUEIROZ, Cláudia Lemos. Aspectos relevantes do mediador. In: GROSMAN, Cláudia F.; MANDELBAUM, Helena G. (org). **Mediação no judiciário**: teoria na prática e prática na teoria. 1 ed. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.

REIS, Aldacir. Mediação e Impactos Positivos para o Judiciário. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). **Arbitragem e Mediação**: A Reforma da Legislação Brasileira. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

RICHTER, Marina Nascimento Bechtejew. **A relação de franquia no mundo empresarial e as tendências da jurisprudência brasileira**. São Paulo: Almedina, 2015.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação Não-Violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006.

SCARINCI, Rodrigo Drebes. **O Mercado de Franquias no Rio Grande do Sul**: uma análise das barreiras ao setor. 2016. 73 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Ciências Econômicas, Curso de Ciências Econômicas, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2016.

SCHMITZ, Suzanne J. O que deveríamos ensinar em cursos de RAD? Conceitos e habilidades para advogados que representam clientes em processos de mediação. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. 1 ed. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, v. 2, p. 89-108.

STRUTTON, David; PELTON, Lou E.; LUMPKIN, James R. The Influence of Psychological

Climate on Conflict Resolution Strategies in Franchise Relationships. **Journal of the Academy of Marketing Science**, v. 21, n. 3, 1993, p. 207-215.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4ª ed. rev., atual e amp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

TERRY, Andrew; DI LERNIA, Cary. Regulating the Franchise Relationship: Franchisor Opportunism, Commercial Morality and Good Faith. In: TUUNANEN, Mika; WINSPERGER, Josef; CLIQUET, Gérard; HENDRIKSE, George (editors). **New Developments in the Theory of Networks: Franchising, Alliances and Cooperatives**. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2011. p. 179-195

TIKOO, Surinder. Franchisor use of influence and conflict in a business format franchise system. **International Journal of Retail & Distribution Management**, v. 33, n.5, 2005, p. 329-342.

TOLEDO, Geraldo Luciano; PROENÇA, Cristina. Fatores críticos de sucesso da franquia – uma análise sob a óptica de ex-franqueados no município de São Paulo. *Caderno de Pesquisas em Administração*, São Paulo, v. 12, n. 1, jan/mar. 2005, p. 43-53.

TRANCHO DE AZEVEDO, Gustavo. Confidencialidade na Mediação. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. 1 ed. Brasília: Grupos de Pesquisa, v. 2, 2003, p. 303-323.

URY, William. The walk from "no" to "yes". 2010. (19m15s). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=Hc6yi_FtoNo. Acesso em: 01 nov. 2018.

VASCONCELLOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador I**. Surfando na pororoca, v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.