

Coordenadores

Asdrubal Franco Nascimbeni

Maria Odete Duque Bertasi

Ricardo Borges Ranzolin

Temas de MEDIACÃO E ARBITRAGEM II

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Princípios procedimentais da mediação no novo código de processo civil. In: *A mediação no novo código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2016.

O Advogado é o Pior Inimigo da Mediação?

Flávio Pereira Lima

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado em São Paulo. Ex-presidente da Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Comissão de Sociedades de Advogados da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo. Secretário-geral da Comissão Especial de Ética Pública da Ordem dos Advogados do Brasil – São Paulo. Membro do Conselho do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr).

Sumário: I. Introdução. II. Os diferentes tipos de mediação e a escolha do mediador. III. A formação dos advogados contempla os métodos autocompositivos de solução de conflitos?. IV. A experiência da cláusula-padrão indicando a mediação. V. A postura do advogado durante o procedimento de mediação. VI. Conclusão.

I. Introdução

Este breve artigo começa com uma provocação e uma proposta de reflexão: seriam os advogados os principais inimigos da criação de um ambiente propenso para a popularização e expansão do instituto da mediação no Brasil? Neste estudo, analisarei a participação do advogado no contexto da mediação privada e o seu papel estratégico para fortalecer a mediação no País.

A ideia desse artigo surgiu da experiência que vivi nos últimos quatro anos como presidente da Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem, que atua no âmbito da Comissão de Sociedades de Advogados da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo. A Câmara é especializada em conflitos envolvendo advogados e sociedades de advogados, notadamente dissoluções de sociedades de advogados.

Nas dissoluções de sociedades de advogados sempre há o componente emocional, que torna difícil a comunicação entre as partes. Na maioria dos casos, a definição do valor da participação do advogado ou a partilha de clientes ou de honorários futuros pode ser resolvida com base na equidade, com base em argumentos que levem as partes à busca de uma solução razoável. Em

tese, é o ambiente propício para procedimentos de mediação, e a experiência nos diversos processos que acompanhei permitiu que chegasse às conclusões que apresentarei neste trabalho.

No Brasil, a década de 1990 assistiu ao crescimento exponencial da preocupação com a utilização e desenvolvimento dos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos.

Foi nesse momento, por exemplo, que o Instituto Liberal de Pernambuco lançou a Operação *Arbiter*, com o intuito de discutir a arbitragem e de elaborar um anteprojeto de lei que fosse capaz de preencher os anseios daqueles que precisavam de um meio mais eficaz para a resolução de controvérsias,¹ culminando com a criação da Lei de Arbitragem em 1996.

A mediação, contudo, começou a ganhar destaque apenas após a edição, em 2010, da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, para tratar da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário. Essa Resolução foi responsável por elaborar diretrizes que orientaram a prática da mediação no País, desde 2010, e estabeleceu como competência dos órgãos judiciários o oferecimento de mecanismos consensuais de solução de disputas.²

Consolidando o esforço de instituir uma política adequada de solução de conflitos, foram editados, em 2015, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) e a Lei de Mediação (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015), com o objetivo de estimular a autocomposição das partes e a utilização de métodos consensuais de solução de conflitos, tanto no âmbito judicial quanto extrajudicial.

¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: comentários à Lei 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009. p. 9.

² CUNHA, Leonardo Carneiro da; LESSA NETO, João Luiz. Mediação e conciliação no poder judiciário e o novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção novo CPC – Doutrina selecionada*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 260.

Nos termos do art. 26 da Lei de Mediação, as partes de uma mediação judicial devem ser assistidas por advogados, ao passo em que, na mediação extrajudicial, se uma das partes com parecer acompanhada de advogado, o art. 10 da Lei de Mediação determina que o mediador deverá suspender a sessão de mediação até que todas as partes estejam devidamente assistidas.

Disso resulta a importância de se analisar o advogado como agente capaz de contribuir – ou dificultar? – com o avanço da utilização do instituto como forma de obter a pacificação dos conflitos.

É certo que a função do advogado – em um mecanismo autocompositivo – é diferente daquela já conhecida e esperada em um processo judicial ou arbitral litigioso. Contudo, o objetivo de seu trabalho continua sendo, essencialmente, o mesmo: obter o melhor resultado para o seu cliente e contribuir para a criação de uma atmosfera cooperativa, orientando o procedimento em direção a uma solução conjunta para os problemas apresentados.³

A concepção de que o advogado é essencial para a solução não adjudicada de conflitos encontra respaldo, inclusive, no art. 2º, inciso VI, do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, que estabelece como dever do advogado o de estimular, a qualquer tempo, a mediação entre os litigantes e de prevenir, sempre que possível, a instauração de litígios.

Diante disso, passaremos a analisar o papel estratégico do advogado na representação de clientes em uma mediação privada e das competências que devem ser desenvolvidas para possibilitar um desfecho exitoso do procedimento de mediação e a propagação do instituto no Brasil. Ao final, analisaremos se, de fato, os advogados podem ser considerados os principais inimigos do instituto no País ou se ocupam papel de especial relevância para o, ainda incipiente, desenvolvimento do instituto.

³ MAIA NETO, Francisco. O papel do advogado na mediação. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coords.). *Arbitragem, mediação. A reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015.

II. Os Diferentes Tipos de Mediação e a Escolha do Mediador

O primeiro ponto essencial para analisar a atuação dos advogados em uma mediação privada diz respeito à sua capacidade de compreensão do instituto e das diferentes vertentes da mediação para a escolha de qual delas se ajusta de maneira mais adequada à controvérsia que lhe é submetida.

A mediação é um dos instrumentos de pacificação social de litígios de natureza autocompositiva e voluntária. Nesse procedimento, um terceiro imparcial atua como facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito entre elas.

Na definição de Fernanda Tartuce:⁴

A mediação consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, visualizando melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual. A proposta da técnica é proporcionar um outro ângulo de análise aos envolvidos: em vez de continuarem as partes enfocando suas posições, a mediação propicia que elas voltem sua atenção para os verdadeiros interesses envolvidos.

Em uma explicação mais simples e direta, Humberto Dalla Bernadina de Pinho entende que a mediação é o procedimento por meio do qual os participantes buscam o auxílio de terceiro que não tem a missão de decidir (nem lhe foi dada autorização para tanto), mas de auxiliar as partes na obtenção de solução consensual.⁵

⁴ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008. p. 208.

⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; VERÇOSA, Fabiane; PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Diogo de Assumpção Rezende de (Coords.). *Arbitragem e mediação: temas controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 333.

Na legislação brasileira sobre o tema, adotou-se um conceito amplo de mediação. Com efeito, o novo Código de Processo Civil prevê que ela deverá ser utilizada em casos em que houver vínculo anterior entre as partes em litígio, ao passo em que a Lei de Mediação estabelece, em seu art. 1º, que a mediação é “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”.

Contudo, não basta que o advogado saiba quais casos são recomendáveis para serem submetidos a um procedimento de mediação, para que a solução da disputa que lhe é encaminhada por seu cliente seja a mais adequada. Há que se levar em consideração, também, as diferenças entre diversos métodos de mediação, como a facilitativa, a avaliativa e a transformativa, dentre outras.

A primeira delas, a mediação facilitativa, consiste em uma das vertentes da mediação em que o mediador, após ouvir cuidadosamente as partes, encoraja-as a avaliar as suas necessidades e interesses, normalmente imersos em suas posições iniciais perante o conflito.⁶ Nesse estilo de mediação, o mediador não propõe nem sugere qualquer tipo de solução para o litígio, apenas auxilia as partes da disputa a retomarem o diálogo e facilita a sua composição.

Já a mediação avaliativa consiste no mecanismo de solução de conflitos em que o mediador, após ouvir as partes e avaliar cuidadosamente o litígio que está sendo discutido, sugere uma decisão para a disputa. Evidentemente, as sugestões do mediador não obrigam as partes e são fornecidas após pausas nas sessões *cáucus*, em que o terceiro imparcial e independente apresenta se-

⁶ SALES, Lília Maia de Moraes. A evolução da mediação através dos anos – Aprimoramento das discussões conceituais. In: BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). *Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

paradamente para cada parte os pontos fortes e fracos das respectivas posições jurídicas.

Por fim, a mediação transformativa é bastante utilizada para resolver conflitos de vizinhança e familiares,⁷ dentre outros. Esse estilo de mediação tem como pilar a mudança de comportamento e o conflito não deve ser visto como um problema, mas como uma oportunidade de transformação. O acordo é secundário. Esse modelo é voltado para relações continuadas e duradouras e visa a manutenção da convivência e da relação futura entre as pessoas. A mediação transformativa é norteadas pelos princípios do *empowerment* (apropriação de recursos que permitam a cada uma das partes assumir-se como agente e autor de sua história e capacidade para responsabilizar-se pelas próprias ações) e *recognition* (postura de reconhecimento do coprotagonismo do outro).

Diante disso, é inegável a importância e relevância da participação do advogado no procedimento de mediação. A ele competirá analisar as particularidades do caso concreto e, conhecedor dos diferentes estilos de mediação existentes, orientar o cliente na escolha de um mediador que tenha o melhor perfil para conduzir as sessões de mediação em determinada situação.⁸

III. A Formação dos Advogados Contempla os Métodos Autocompositivos de Solução de Conflitos?

Apesar de existir uma gama de métodos de solução de disputas em nossa sociedade, a primeira saída, ao se deparar com um problema jurídico ou um conflito de interesses, é ajuizar uma

⁷ SALES, Lília Maia de Moraes. A evolução da mediação através dos anos – Aprimoramento das discussões conceituais. In: BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). *Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos*, p. 146.

⁸ FUOCO, Patricia Freitas. O papel estratégico do advogado na mediação no contexto empresarial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 47, São Paulo, p. 215.

ação perante o Poder Judiciário, esperando uma solução adjudicada daquele litígio.

Segundo o professor Kazuo Watanabe, a explicação para isso se deve não só a um aspecto cultural – para o autor, predominante no Brasil a “cultura da sentença” em detrimento da “cultura da pacificação” –, mas à própria formação acadêmica dos operadores do direito, que é voltada para uma solução com base adversarial, contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses.⁹

Contudo, após a edição da Resolução nº 125 do CNJ, da Lei de Mediação e do novo Código de Processo Civil, temáticas ligadas à formação e à capacitação de mediadores passaram a despertar considerável preocupação no mundo jurídico, com o surgimento de diversos cursos “profissionalizantes” de mediadores e outras formas de capacitação acerca da mediação.¹⁰

Ainda que uma boa formação dos mediadores seja essencial para a melhor condução do procedimento e para propiciar o restabelecimento da comunicação entre as partes, possui fundamental relevância a capacitação dos advogados, a fim de que sua participação no procedimento se dê da melhor maneira possível, de modo a auxiliar as partes da disputa a chegarem a uma solução consensual para a controvérsia.

Segundo explica Francisco Maia Neto:¹¹

Tanto o mediador quanto o advogado precisam buscar capacitação para atuarem na mediação, tendo em vista que várias das habilidades necessárias para este procedimento não são adquiridas no meio acadêmico, mas na prática pessoal e

⁹ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e da pacificação. In: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPI, 2005. p. 485.

¹⁰ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 275.

¹¹ MAIA NETO, Francisco. O papel do advogado na mediação. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coords.). *Arbitragem, mediação. A reforma da legislação brasileira*, p. 246.

profissional, advinda de experiências transdisciplinares, bem como por meio de formação específica.

Todavia, a mentalidade que continua a ser forjada nas academias é a mesma que o professor Kazuo Watanabe denunciava como catalizadora de uma “cultura da sentença” no Brasil: prioriza-se a solução adjudicada e contenciosa dos conflitos de interesses na formação de nossos operadores do Direito.¹²

Não bastasse, nos cursos de Direito, as matérias serem voltadas à solução de disputas por meio de processo judicial, o próprio modelo de profissional exigido pelo mercado para as principais carreiras jurídicas reforça essa cultura contenciosa, o que dificulta o operador ao direito do contato, em sua prática profissional e pessoal, com outras formas de se resolver uma disputa.

Os cursos de Direito devem, portanto, introduzir disciplinas voltadas à possibilidade de os advogados desenvolverem algumas importantes habilidades, tais como, a de (i) identificar os casos em que a mediação pode ser o mecanismo mais adequado de solução de conflitos; (ii) avaliar qual o mediador mais adequado para auxiliar as partes a restabelecerem a comunicação e chegarem a uma solução consensual para a disputa; (iii) engajar o cliente e fazê-lo acreditar que a mediação pode proporcionar uma saída mais rápida e eficaz para a disputa; (iv) apresentar a Best Alternative To Negotiated Agreement (BATNA) e a Worst Alternative To a Negotiated (WATNA) aos clientes, na fase em que realizam o *risk assessment* da disputa, entre outras aptidões essenciais para se incentivar as partes a buscarem uma solução consensual do conflito.

Algumas formas de se implementar essa necessária mudança cultural seriam: (i) acrescentar matérias sobre os métodos adequados de solução de conflitos nas faculdades de Direito; (ii) cobrar o conteúdo de solução não adjudicada de conflitos nos exames de ordem e nas bancas examinadoras de concursos públicos.

¹² WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e da pacificação. In: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, p. 485.

cos; e (iii) um trabalho de divulgação desses mecanismos para a sociedade civil, em geral,¹³ a fim de que os cidadãos possam optar livremente pela mediação.¹⁴

Com isso, nossos advogados teriam mais contato, tanto na vida acadêmica quanto na esfera prática, com o instituto da mediação, permitindo não só a expansão do instituto no País, como também a melhor pacificação social dos conflitos, na medida em que desenvolveriam competências para identificar qual o melhor método de solução de disputas aplicável ao caso concreto.

IV. A Experiência da Cláusula-Padrão Indicando a Mediação

Um dos maiores desafios que enfrentamos na Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Comissão de Sociedade de Advogados da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, foi encontrar uma forma de divulgação eficiente da mediação, como uma alternativa viável para a solução dos conflitos, envolvendo advogados e sociedade de advogados.

Não bastaram os artigos, as notícias sobre mediação e programas televisivos explicando os benefícios dessa modalidade de solução alternativa de resolução de conflitos. Os advogados pareciam desconhecer essa opção e, frequentemente, promoviam

¹³ MAIA NETO, Francisco. O papel do advogado na mediação. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luís Felipe (Coords.). *Arbitragem, mediação. A reforma da legislação brasileira*, p. 246.

¹⁴ A esse respeito, Humberto Dalla Bernardina de Pinho explica que, no caso da Argentina, ainda que tenha sido promulgado um ordenamento estabelecendo o caráter obrigatório da mediação prévia a processos judiciais como requisito de admissibilidade da demanda, o tema da mediação esteve na pauta de toda a sociedade dez anos antes da publicação da lei. O tema dos métodos consensuais de solução de conflitos foi inserido não só na educação jurídica, mas foi propagado nas escolas e na mídia, atingindo não só a formação do operador do direito mas estruturando a formação do cidadão argentino. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTEN, Michele Pedrosa. *Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça*, p. 346).

diretamente o procedimento arbitral para buscar a resolução de seus conflitos.

Foi nesse contexto em que decidimos incluir uma cláusula de mediação nos contratos-padrão da Comissão de Sociedades de Advogados da OAB-SP. Trata-se de uma cláusula em que a mediação é facultada aos contratantes, a saber:

MEDIAÇÃO – As partes poderão submeter as controvérsias relativas ao presente contrato à mediação, administrada pela Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Comissão das Sociedades de Advogados da OAB-SP, de acordo com seu Regulamento, em vigor na data de início do respectivo procedimento.

Trata-se de disposição que aparentemente é inócua, desnecessária, posto que a faculdade da mediação pode ser exercida pelas partes, independentemente da existência de cláusula contratual nesse sentido. E isso é a mais pura verdade, se analisarmos apenas sob o aspecto jurídico ou sob a melhor técnica contratual. Se, entretanto, analisarmos essa cláusula sob o enfoque educativo, encontraremos resultados extremamente interessantes.

De fato, a mera existência da cláusula, facultando a mediação como um dos mecanismos para a resolução das controvérsias, elevou o número de requerimentos de mediação, em especial, em conflitos que ainda não estavam em um nível de litigiosidade tão elevado.

Em verdade, o contrato foi utilizado como um instrumento de divulgação do instituto, como um verdadeiro instrumento de *marketing*, tática que provou ser extremamente eficiente.

Essa iniciativa pode desagradar os puristas, mas quando se trata da divulgação de um instituto tão importante como a mediação, que exige a mudança da cultura do litígio como única forma de resolução de conflitos, todas as formas de divulgação são válidas.

O importante, a meu ver, é fazer com que a mensagem chegue às partes e aos seus advogados, ainda que o veículo que

divulgue esse mecanismo seja o próprio contrato que rege as relações recíprocas.

V. A Postura do Advogado Durante o Procedimento de Mediação

O primeiro ponto que gostaria de destacar, neste Capítulo, é que, em minha visão, a presença do advogado é indispensável em qualquer procedimento de mediação, tanto nos judiciais, como nos extrajudiciais, uma vez que um dos principais objetivos da mediação é a celebração de uma transação. Transação é o instrumento jurídico destinado a prevenir ou terminar litígios, ou seja, os efeitos de uma transação afetarão diretamente a esfera jurídica das partes envolvidas na mediação.

Em vista disso, é fundamental que a parte receba o aconselhamento jurídico do profissional de sua confiança para que tenha a compreensão exata dos efeitos da transação que se propõe a celebrar. Não são poucas as queixas de pessoas que se arrependem após a celebração de um acordo, o que exige atenção redobrada do advogado que está atuando no caso.

Outro ponto extremamente relevante é que o advogado jamais deve atuar em causa própria. Dizem que o advogado que atua em causa própria tem um tolo como cliente. Esse antigo ensinamento tem especial relevo quando se trata de mediação.

Realmente, na mediação, um dos papéis mais relevantes do advogado é o de conseguir analisar a controvérsia de uma forma fria, filtrando as emoções e concentrando a análise nas questões de fundo. Como ensina o professor William Ury, deve o advogado analisar a controvérsia “de uma sacada”, olhando o conflito de longe, de forma serena e tranquila. Quando se é parte, porém, isso é muito mais difícil, pois a parte, obscurecida pela emoção, não consegue enxergar a solução.

Nesse sentido, já dizia o Padre Antônio Vieira que “quanto inimigas tem a prudência: 1ª precipitação; 2ª paixão; 3ª obs-

tinação; 4ª vaidade. A primeira arrisca; a segunda cega; a terceira fecha a porta à razão; a quarta tudo tísna”.¹⁵

O advogado que advoga em causa própria em uma mediação enfrentará as quatro inimigas da prudência.

A advocacia na mediação exige, também, que o advogado se dispa do papel do guerreiro combatente que litiga com rispidez e agressividade, características que tanto sucesso fazem com clientes que buscam profissionais para defendê-los. O papel do advogado na mediação é outro. Na mediação, o advogado deve ser um bom ouvinte, ouvinte atento e ativo, deve ser criativo e propositivo, deve empenhar-se no estabelecimento de uma postura construtiva e colaborativa.

A compreensão dessa dicotomia entre os dois papéis de um mesmo advogado é chave para o sucesso da mediação. O primeiro desafio é explicar ao cliente que aquele guerreiro ficará de lado no curso da mediação. Para tanto, deve o advogado explicar ao cliente como funciona a mediação e as razões que justifiquem a mudança de comportamento do advogado. Aos olhos do cliente, a mudança de papéis, de advogado guerreiro para negociador colaborativo, deve fazer parte de uma estratégia muito bem definida.

Aos poucos, com o amadurecimento do instituto da mediação, os clientes passarão a compreender, com mais serenidade, a estratégia adotada pelos advogados na mediação.

Assim, durante o procedimento de mediação não deve o advogado atuar de forma agressiva e hostil, apresentando seus argumentos de maneira dura e incisiva e atacando a parte adversária. Não é essa a técnica adequada.

O advogado na mediação deve atuar como um “solucionador de problemas”. A cada impasse que surja, deve o advogado

¹⁵ VIEIRA, Padre Antonio. *A arte de furtar*. In VIEIRA, Frei Domingos. *Dicionário da língua*, cap. 3.

procurar compreender bem as razões que levaram àquele impasse e buscar, de forma criativa, alternativas que permitam às partes desviarem-se daquele obstáculo.

Nesse sentido, Andrea Kupfer Schneider¹⁶ conclui que:

Only 9% of those lawyers seen as adversarial were rated as effective by their peers and only 9% of all effective lawyers were described as adversarial. Furthermore, 90% of lawyers perceived as ineffective were also adversarial. In contrast, 91% of lawyers seen as effective took a problem-solving approach to negotiation. More than half of problem-solving lawyers were seen as effective and only 4% of these problem-solving lawyers were seen as ineffective. Contrary to the popular (student) view that problem-solving behavior is risky, it would seem instead that adversarial bargaining represents the greater risk. A lawyer is much more likely to be viewed as effective when engaging in problem-solving behavior.

E, nesse aspecto, o maior desafio do advogado “solucionador de problemas” é desarmar o advogado guerreiro que usa a velha técnica adversarial. Uma das formas mais eficazes para desarmar um advogado guerreiro é utilizar-se das reuniões privadas com o mediador, ao invés de seguir no confronto com o advogado adversário.

¹⁶ Em *Shattering negotiation myths*: empirical evidence on the effectiveness of negotiation Style. 7 Harv. Negot. L. Rev. 143, 2002. p. 167. Tradução livre: “Apenas 9% dos advogados vistos como combativos foram classificados como efetivos pelos seus pares e apenas 9% de todos os advogados efetivos foram descritos como combativos. Além disso, 90% dos advogados percebidos como não efetivos também foram vistos como combativos. Em contraste, 91% dos advogados considerados efetivos adotaram uma abordagem negociadora de solução de problemas. Mais de metade dos advogados vistos como aqueles que resolvem problemas foram vistos como efetivos e apenas 4% desses advogados foram vistos como não efetivos. Contrariamente à visão popular (e estudantil) de que seria arriscado o comportamento em prol da resolução de problemas, parece que a negociação combativa representa o risco maior. Um advogado provavelmente será muito mais visto como efetivo quando age em prol da resolução de problemas.”

Nas reuniões privadas com o mediador, o advogado deve manter a postura colaborativa, apresentando um resumo honesto do caso, colocando pontos fortes e fracos, utilizando a habilidade negocial do mediador para encaminhar suas propostas, sem o confronto direto com o advogado da outra parte.

Ainda com relação ao mediador, deve o advogado ter ciência de que também está negociando como mediador.

A esse respeito, John W. Cooley¹⁷ esclarece que:

Suas chances de obter um bom resultado para seu cliente aumentarão significativamente se, durante a sessão de mediação, você mantiver, com firmeza, em mente que você – e não o mediador – possui o processo. Você deve tomar e manter o controle sobre ele. Você deve ser proativo, em vez de que meramente reativo, especialmente durante as reuniões fechadas. Você deve lembrar que você está negociando todo o tempo em nome de seu cliente – em parte, com o mediador, por intermédio do mediador, e com a outra parte. Ao negociar com o mediador, você deve ser colaborativo todo tempo – tanto cooperativo quanto afirmativo. Ao negociar por intermédio do mediador e com a outra parte, você pode usar toda a gama de táticas. Dê-se conta de que o mediador também estará usando estratégias e táticas com o objetivo de conseguir o acordo. Você precisa saber: (1) como identificar e tratar as estratégias e as táticas de reunião fechada do mediador, e (2) como usar o mediador como veículo para obter o melhor deslinde possível para seu cliente.

Vê-se, pois, que o advogado quando atua na mediação deve dominar as técnicas de negociação, técnicas de mediação e também as peculiaridades do próprio procedimento de mediação para que possa exercer a advocacia em sua plenitude e conduzir o procedimento da forma que melhor se adequa aos interesses de seu cliente.

E aqui eu chego ao ponto central deste artigo. Para conhecer as técnicas de negociação e de mediação e saber quando utilizar cada uma delas, deve o advogado investir em sua capaci-

tação, conforme, aliás, estabelece o Código de Ética e Disciplina ao dispor que é dever do advogado “empenhar-se, permanentemente, no aperfeiçoamento pessoal e profissional (art. 2º, parágrafo único, inciso IV).

O advogado que se aventura em uma mediação sem conhecer as técnicas de negociação e de mediação pode, por sua falta de conhecimento e habilidade, frustrar o procedimento e, assim, prejudicar os interesses de seu cliente, ao passo que aquele profissional que domina as técnicas pode extrair todas as vantagens de um procedimento de mediação.

VI. Conclusão

O objetivo deste artigo, ainda que não declarado no início, é o de estimular os profissionais a se capacitarem para atuar em mediação, pois esse é o caminho para o desenvolvimento do instituto da mediação no Brasil. A falta de capacitação dos profissionais da advocacia é, a meu ver, o maior obstáculo para o desenvolvimento da mediação no Brasil.

Não basta a habilidade empírica para negociar. Não basta o conhecimento jurídico. Não basta bom senso. A mediação exige muito mais. Exige o emprego de técnicas específicas que devem ser aprendidas e utilizadas pelo advogado para atuação eficiente nos procedimentos de mediação.

Concluo, por fim, com a resposta à questão inicial: o advogado é tanto o maior inimigo da mediação, como seu maior aliado. Caberá a cada profissional decidir de que lado estará nesse novo campo que se abre para a advocacia: aliado, atento à necessidade de constante aperfeiçoamento profissional, ou inimigo, agarrado ao conhecimento adquirido no passado.

¹⁷ Em: COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*. Brasília: UnB, p. 167.