A Necessidade de Preparação do Advogado para o Avanço da Mediação no Brasil

LEANDRO RIGUEIRA RENNÓ LIMA

Professor da PUC Minas. Mediador extrajudicial certificado pelo ICFML e pelo IMI. Advogado.

ANA LUIZA DE CASTRO VIANA

Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas. Pós-Graduanda em Direito de Empresa pela PUC Minas. Oradora da Equipe de Competições de Mediação da PUC Minas. Coordenadora do Grupo de Estudos em Mediação Empresarial da PUC Minas.

RESUMO: Em razão da crise vivenciada pela prestação jurisdicional do Estado, a mediação tem cada vez mais se destacado como um método adequado de resolução de conflitos. No Brasil, esse instituto foi consolidado a partir da promulgação de importantes leis que evidenciaram ainda mais a sua relevância para o atual conceito de acesso à justiça. Entretanto, a cultura do litígio desenvolvida no País e a formação acadêmica voltada para a solução contenciosa de conflitos se revelam como verdadeiros obstáculos para a atuação adequada dos advogados na mediação. Diante dessa nova realidade que se apresenta à advocacia contemporânea, é evidente a necessidade de superação dessa cultura adversarial por meio da mudança de mentalidade e adequação da atuação desses profissionais para esse método. Nessa perspectiva, o presente artigo tem como objetivo demonstrar que a devida preparação do advogado e o desenvolvimento de uma postura colaborativa de sua parte são essenciais para o alcance de resultados satisfatórios na mediação. Como consequência, percebe-se que a possível falta de conhecimento, preparo e habilidades específicas pode representar um óbice ao avanço e à difusão da mediação no Brasil.

ABSTRACT: As a result of the crisis experienced by the Judiciary System, mediation has increasingly stood out as an appropriate method of conflict resolution. In Brazil, this method called even more attention after important laws that came into force, highlighting its importance for the current concept of access to justice. However, the culture of litigation developed in our country and the law courses focused on adversarial methods became obstacles to the proper training of legal practitioners. Considering the new reality involving contemporary advocacy, it is evident the need to overcome this adversarial culture by changing the mentality and the preparation of these professionals. From this perspective, the present article aims to demonstrate that the development of a lawyer's collaborative posture is essential for achieving satisfactory results in mediation. Consequently, the possible lack of knowledge, preparation, and specific skills may represent an obstacle to the advancement and diffusion of mediation in Brazil.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O desenvolvimento da mediação no Brasil enquanto método adequado de resolução de conflitos; 1.1 Breve histórico do surgimento da mediação; 1.2 A necessidade do tratamento adequado aos conflitos; 1.3 A mediação como método adequado de resolução de conflitos; 1.4 O desenvolvimento da mediação no Brasil; 2 A necessidade de superação da cultura do litígio na advocacia brasileira; 2.1 A cultura do litígio no Brasil; 2.2 Necessidade da mudança de mentalidade dos advogados; 2.3 Necessidade de adequação da postura dos advogados; 3 A postura colaborativa na advocacia; 3.1 A importância do advogado na mediação; 3.2 Benefícios do desenvolvimento de habilidades autocompositivas; 3.3 Indispensabilidade da análise estratégica do conflito; 3.4 Imprescindibilidade do conhecimento de técnicas de negociação; Conclusão.

INTRODUÇÃO

A mediação é um meio de solucionar conflitos em que um terceiro imparcial atua como facilitador da comunicação entre as partes, auxiliando-as a alcançarem a melhor solução possível para todos os envolvidos.

Apesar de a mediação ter alcançado seu ápice de evidência na contemporaneidade, esse instituto já era bastante utilizado pelos povos antigos como forma de resolver disputas. Com a evolução das sociedades, o Estado incorporou para si a função jurisdicional, passando a deter o poder de julgamento sobre os litígios.

Todavia, o chamado monopólio da jurisdição estatal contribuiu para que rapidamente esse sistema entrasse em crise, devido ao elevado número de processos, do que resultam morosidade dos resultados e altos custos.

Em meio a esse contexto, tornou-se notório que o tradicional modelo judicial não era capaz de, por si só, atender de forma satisfatória todas as demandas, e, principalmente, que esse modelo não era apropriado para todas as disputas.

Assim, a necessidade de se dar um tratamento adequado aos conflitos, a partir da análise das particularidades do caso concreto, mostrou-se cada vez mais evidente. Com isso, grande destaque foi dado aos métodos alternativos à tutela estatal, tendo em vista os benefícios que poderiam oferecer e, sobretudo, em razão da diversidade de características de cada um.

Entre os referidos métodos encontra-se a mediação, que, ao longo das últimas décadas, tem se desenvolvido como um sistema estruturado, com regras e princípios próprios. No Brasil, a mediação avançou de modo exponencial nos últimos anos, principalmente após ser reconhecida pelo Conselho Nacional de Justiça como um método adequado para a solução de conflitos e ser incorporada pelo Código de Processo Civil como uma fase obrigatória do processo.

Diante desse novo cenário que se concretiza, os operadores do Direito precisam readequar seus conhecimentos e suas convicções, que foram formados com base na cultura litigiosa instalada no País, para atuarem de forma eficiente também na mediação.

Não há dúvidas de que a postura adversarial adotada pelos advogados no processo judicial, quando aplicada à mediação, dificulta o entendimento entre as partes, causando enormes prejuízos e a frustração do procedimento. Como consequência, tem-se a insatisfação das partes, que passam a considerar o método como não eficiente.

Em virtude disso, a devida preparação do advogado para adotar uma postura mais colaborativa se mostra indispensável para que a mediação alcance toda sua potencialidade e atinja o objetivo de satisfazer os interesses das partes.

Neste artigo, pretende-se demonstrar, portanto, que a mediação somente irá avançar como um método eficiente de resolução de conflitos no Brasil se os advogados tiverem conhecimento do seu papel nesse procedimento e capacitarem-se para atuar em conformidade com a postura colaborativa que deles se espera.

1 O DESENVOLVIMENTO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL ENQUANTO MÉTODO ADEQUADO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

1.1 Breve histórico do surgimento da mediação

Ao contrário do que se possa pensar, a mediação não surgiu no direito contemporâneo como uma forma de se evitar a jurisdição estatal. Há indícios de que esse método já existia antes mesmo de o Estado assumir o monopólio de imposição dos resultados dos conflitos.

Segundo Rozane Cachapuz[1], o instituto da mediação é bastante antigo e a sua existência remonta a 3000 a.C. na Grécia e no Egito. Ainda conforme a autora, a mediação teria aparecido como forma de resolução dos conflitos no ordenamento jurídico romano, em que o instituto era posto como uma regra de cortesia.

Ainda sobre a antiguidade desse modelo, ensina Maria Nazareth Serpa:

> Os chineses, na Antiguidade, influenciados pelas ideias do filósofo Confúcio, já praticavam a mediação como principal meio de solucionar contendas. [...]. Seu pensamento estabelecia que a melhor e mais justa maneira de consolidar essa paz seria através da persuasão moral e acordos e nunca através da coerção ou mediante qualquer tipo de poder.[2]

Embora bastante antiga e utilizada pelas sociedades antepassadas como meio de solucionar disputas, a mediação foi se dissipando no tempo, sendo substituída pelo tradicional sistema judicial, em que o Estado passou a impor as decisões acerca das controvérsias, indicando o vencedor do conflito.

1 CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & direito de família*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 24.
2 SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 67-68.

Com a percepção das desvantagens desse modelo contencioso em face da necessidade de satisfação dos interesses, celeridade e diminuição dos custos, vislumbrou-se a necessidade de desenvolvimento de outros métodos capazes de proporcionar o devido tratamento da disputa, com base nas características específicas do conflito. Nesse cenário, o instituto da mediação passou a ser resgatado, vez que se mostrava como um método eficiente para atender anseios sociais em face da falência do sistema tradicional.

A partir da segunda metade do século XX, a mediação passou a ser desenvolvida, sobretudo nos Estados Unidos, como um sistema estruturado de solução de disputas, com regras, princípios e normas próprias.

1.2 A necessidade do tratamento adequado aos conflitos

Antes de adentrar nas explanações acerca do tratamento adequado dos conflitos, cumpre, primeiramente, tecer algumas considerações a respeito do tema. De acordo com a definição estabelecida por Douglas H. Yarn[3], "o conflito pode ser definido como um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis".

O conflito também pode ser entendido como "o entrechoque de ideias ou de interesses, em virtude do que se forma o embate ou divergência entre fatos, coisas ou pessoas"[4].

Embora, por muitas vezes, o conflito seja vivenciado pelas pessoas como um fato negativo e capaz de gerar prejuízos, deve-se ter a consciência de que eles são inerentes às relações humanas, razão pela qual se torna necessário compreender que são fenômenos naturais.

Desse modo, tem-se que o tratamento adequado dos conflitos pode propiciar o surgimento de resultados positivos, capazes de torná-los uma oportunidade. Nesse mesmo sentido, pode-se afirmar que, "se conduzido construtivamente, o conflito pode proporcionar crescimento pessoal, profissional e organizacional"[5].

Diante dessa perspectiva, é evidente a necessidade de busca por maneiras diversas de solucionar os conflitos. Esse fato contribuiu para o aperfei-

3 *Apud* AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de mediação judicial*. 7. ed. Brasília: GT RAD, 2018. p. 59.
4 MIRANDA, Maria Bernadete. Aspectos relevantes do instituto da mediação no Brasil e no mundo. *Revista Virtual Direito Brasil*, v. 6, p. 1, 2012.
5 AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de mediação judicial*. 7. ed. Brasília: GT RAD, 2018. p. 66.

çoamento dos sistemas de resolução de disputas que, atualmente, formam uma estrutura composta pelos mais diversos métodos.

O sistema pluriprocessual brasileiro, por exemplo, é composto por múltiplos processos, podendo ser citados como principais: o judicial, a arbitragem, a mediação e a conciliação.

Assim, para que se tenha o adequado tratamento do conflito é necessário que a escolha entre os diversos métodos existentes se dê de forma consciente e considere as particularidades tanto do caso concreto quanto do procedimento escolhido.

Quanto às características específicas que devem ser observadas para a escolha do método mais adequado, destacam-se "custo financeiro, celeridade, sigilo, manutenção dos relacionamentos, flexibilidade procedimental, exequibilidade das soluções, custos emocionais na composição da disputa, adimplemento espontâneo do resultado e recorribilidade"[6].

É inequívoco que o processo judicial, apesar de se configurar como o mais utilizado para dirimir disputas no Brasil, não é compatível com a maior parte das características citadas, razão pela qual não tem sido considerado a melhor alternativa.

Nesse contexto, a insatisfação com a prestação estatal abriu caminhos para a eclosão de modelos autocompositivos, que devolvem ao particular, protagonista do conflito, o poder decisório acerca da solução efetiva da disputa em que está envolvido.

Cumpre ressaltar, portanto, que a autocomposição é considerada uma forma mais adequada para dirimir conflitos quando o contexto fático demonstra, principalmente, a necessidade de redução de custos, celeridade e manutenção do relacionamento.

1.3 A mediação como método adequado de resolução de conflitos

Os métodos autocompositivos são considerados, em geral, adequados para a resolução de disputas por serem processos construtivos. Segundo Morton Deutsch[7], esses processos são assim denominados devido à sua capacidade de fortalecer as relações preexistentes à disputa. Nesse sentido, podem ser caracterizados:

6 Ibidem, p. 21.
7 Ibidem, p. 65.

> [...] i) pela capacidade de estimular as partes a desenvolverem soluções criativas que permitam a compatibilização de interesses aparentemente contrapostos; ii) pela capacidade de as partes ou do condutor do processo (*e.g.* magistrado ou mediador) motivarem todos os envolvidos para que prospectivamente resolvam as questões sem atribuição de culpa; iii) pelo desenvolvimento de condições que permitam a reformulação das questões diante de eventuais impasses e iv) pela disposição de as partes ou do condutor do processo a abordar, além das questões juridicamente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam influenciando a relação (social) das partes.[8]

A mediação, na condição de modelo autocompositivo, é também considerada um processo construtivo de resolução de disputas, haja vista que todos os referidos atributos são a ela inerentes.

Para melhor compreender e se aprofundar no estudo acerca das características e vantagens da utilização do procedimento de mediação como método adequado, cumpre, primeiramente, conceituá-lo:

> Trata-se de um método de resolução de disputas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que compatibilizam aos seus interesses e necessidades.[9]

Já Maria de Nazareth Serpa destaca, ainda, a importância do terceiro interventor no procedimento, definindo a mediação como o

> processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através de neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas.[10]

Embora sejam claros os conceitos apresentados, fato é que o instituto da mediação por muitas vezes se confunde com o da conciliação. Importa destacar, portanto, que os referidos procedimentos se diferenciam em diversos aspectos.

Como primeiro ponto de distinção tem-se o objetivo visado por essas figuras. A conciliação busca a realização de acordo e o fim do litígio, ao passo

8 Ibidem, p. 65-66.
9 Ibidem, p. 20.
10 SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação, processo judicioso de resolução de conflitos*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997. p. 20-21.

que a mediação pretende a resolução do conflito como um todo, com o reestabelecimento das relações, passando o acordo a ser percebido como consequência natural do sucesso do procedimento.

Por essa razão, a conciliação tende a ser um procedimento mais célere e objetivo, sendo ideal para situações em que inexiste relação prévia entre as partes ou questões subjacentes a serem resolvidas. De outro lado, a mediação se delonga mais no tempo por tratar de questões subjetivas do conflito e propor soluções prospectivas.

Outrossim, a figura do terceiro interveniente também é distinta nos dois modelos. Enquanto o mediador tem função de facilitar o diálogo entre as partes para que elas mesmas cheguem a uma solução, a figura do conciliador permite uma postura mais interventiva, podendo este último, inclusive, sugerir e opinar no mérito em questão.

Diante do exposto, conclui-se que a mediação é um método autocompositivo com características próprias, e, como tal, tem diversos princípios que a regem.

Entre os mais importantes para a efetividade do procedimento, podemos citar a credibilidade, a neutralidade e a imparcialidade do mediador[11]. A credibilidade pode ser entendida como uma consequência dos deveres de neutralidade e imparcialidade, que, em síntese, significa que a não interferência no mérito e a ausência de preconceitos e opiniões particulares levam as partes a enxergarem o mediador como uma pessoa confiável e capaz de ajudá-las a solucionar as questões que as levaram para a mediação.

Em relação aos princípios aplicados às partes, merece evidência a voluntariedade, a não adversariedade e a autonomia das decisões. O primeiro garante que as partes estejam envolvidas no procedimento por livre escolha, podendo, inclusive, encerrá-lo a qualquer momento. Entretanto, tendo havido a aceitação por esse método, é necessário que as partes deixem de lado a adversariedade, focando em solucionar o conflito para que, ao final, ambos saiam como vitoriosos do procedimento. Por fim, o princípio da autonomia das decisões mantém nas mãos das partes o poder de decidir acerca de todas as questões que envolvem o conflito, sendo elas responsáveis por todos os resultados obtidos.

Quanto aos princípios que regem o procedimento, têm destaque a flexibilidade, a informalidade e a confidencialidade. Os dois primeiros estão ligados à ausência de estrutura procedimental rígida, o que possibilita que as partes construam, em conjunto com o mediador, a dinâmica de trabalho a ser aplicada. Já a confidencialidade assegura às partes que todas as informações compartilhadas não estarão sujeitas à publicidade, sendo o mediador impedido de transmitir quaisquer dados, ainda que em outros processos, seja judicial, seja arbitral.

11 RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 88.

Diante dos princípios que regem o procedimento, é possível depreender diversas vantagens na utilização da mediação como instrumento de resolução de disputas. Entre elas, podemos ressaltar "a melhor relação custo-benefício, a possibilidade de as partes contarem com a participação de um terceiro neutro e a celeridade na obtenção de uma solução"[12].

Por outro lado, também podem ser entendidos como vantagens os objetivos que levaram à institucionalização da mediação como método adequado de solução de conflitos, colocados por Walsir Edson Rodrigues Júnior: "Aliviar o congestionamento do Judiciário; facilitar o acesso e envolver a comunidade na resolução de conflitos, diminuir os custos, propiciar maior rapidez e preservar a comunicação futura e relação entre as partes"[13].

Em face das inúmeras vantagens que o método pode oferecer, é inequívoco que os operadores do Direito, sobretudo os advogados, devem considerar a mediação como um instrumento de resolução de disputas capaz de oferecer resultados efetivamente positivos para as partes envolvidas.

1.4 O desenvolvimento da mediação no Brasil

A história da mediação no Brasil ganhou força a partir da insatisfação popular com a prestação jurisdicional do Estado. A ineficiência do Poder Judiciário em garantir o direito constitucional de acesso à justiça, atrelada à morosidade da prestação do serviço jurisdicional propiciaram a busca por novos meios de solucionar conflitos.

Sob a perspectiva de André Gomma de Azevedo,

> a história da mediação está intimamente ligada ao movimento de acesso à justiça iniciado ainda na década de 70. Nesse período, clamava-se por alterações sistêmicas que fizessem com que o acesso à justiça fosse melhor na perspectiva do próprio jurisdicionado. Um fator que significativamente influenciou esse

12 LIMA, Leandro Rigueira Rennó. Os métodos adequados de solução de conflitos empresariais. *Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial*, Brasília, ano III, n. 4, p. 19, 2016.

13 RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 88.

movimento foi a busca por formas de solução de disputas que auxiliassem na melhoria das relações sociais envolvidas na disputa.[14]

O referido cenário tornou propício o incentivo ao avanço dos processos autocompositivos. A maior ênfase no procedimento de mediação se deu a partir da década de 1990, quando, segundo Adolfo Braga Neto[15], especialistas estrangeiros faziam frequentes visitas ao país para ministrar palestras e cursos de mediação, despertando o interesse sobre o tema.

Do ponto de vista normativo, a própria Constituição Federal de 1988 demonstra abertura às práticas autocompositivas, quando, em seu preâmbulo[16], afirma que a sociedade deve ser fundada na harmonia social e ser comprometida com a solução pacífica de conflitos.

Além disso, a mediação, na condição de método que soluciona disputas de maneira adequada e satisfatória, pode ser considerada como garantidora do acesso a uma ordem jurídica justa, e não apenas ao Judiciário, como vinha sendo tradicionalmente interpretado o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

A abertura legislativa somada às diversas iniciativas privadas de suporte à mediação chamou atenção do Poder Judiciário, que, "por intermédio do Conselho Nacional de Justiça a consagrou como método adequado de resolução de conflitos, adotando-a como Política Pública a ser implementada pelos Tribunais"[17].

Nesse contexto, foi editada pelo CNJ a Resolução nº 125, de 2010, que tem como principais objetivos disseminar, incentivar e reafirmar de forma sistemática o tratamento adequado dos conflitos de interesses, por meio da mediação e da conciliação.

A adoção de uma política pública permanente de incentivo aos métodos consensuais foi o primeiro grande passo do Brasil rumo a uma maior disseminação da mediação como instrumento de prevenção e solução de litígios no âmbito judicial.

14 AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de mediação judicial*. 7. ed. Brasília: GT RAD, 2018. p. 35.
15 BRAGA NETO, Adolfo. *Breve história da mediação de conflitos no Brasil* – Da iniciativa privada à política pública, p. 1.
16 CRFB/1988 – Preâmbulo: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil" (Brasil, 1988).
17 BRAGA NETO, Adolfo. *Breve história da mediação de conflitos no Brasil* – Da iniciativa privada à política pública, p. 5.

Em 2015, por sua vez, foi aprovada a Lei nº 13.140, denominada Lei de Mediação, que regulamentou tanto a prática da mediação judicial quanto extrajudicial. A lei representou um marco legislativo relevante, por ter reconhecido a importância do método na pacificação social.

O referido reconhecimento se tornou ainda mais expressivo quando da publicação do novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2016, que trouxe a mediação, além da conciliação, como instrumento adequado e consensual de resolução de conflitos. Nesse sentido, estabeleceu o estímulo pela solução consensual dos litígios, mais especificamente a mediação e a conciliação, inclusive no curso do processo judicial, como um de seus principais objetivos, conforme determina o art. 3º, §§ 2º e 3º, do referido diploma legal[18].

Como forma de colocar em prática os referidos dispositivos, surgiu uma das principais mudanças trazidas pelo Código de Processo Civil, qual seja, a obrigatoriedade de realização da mediação ou da conciliação como ato primeiro do processo judicial, conforme estabelece o seu art. 334[19].

Além disso, o novo Código de Processo Civil atribuiu aos mediadores a posição de auxiliares da justiça, regulamentando, ainda, suas atividades em um capítulo próprio.

Diante de todos os avanços, resta evidente a intenção do legislador brasileiro de enfatizar a relevância dos métodos consensuais no sistema processual e a necessidade de promover uma significativa mudança cultural em nosso País.

2 A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA CULTURA DO LÍTIGIO NA ADVOCACIA BRASILEIRA

2.1 A cultura do litígio no Brasil

A busca pelo Estado como "solucionador" de disputas advém de uma perspectiva histórica de que esse ente é o único responsável por promover a pacificação social. Entendimento esse que deu força à ideia do monopólio da função jurisdicional pelo Poder Judiciário e ajudou a desenvolver a chamada cultura do litígio.

18 "Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
[...]
§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial." (Brasil, 2016)
19 "Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência." (Brasil, 2016)

De acordo com César Fiuza[20], "a cultura brasileira transformou o Estado em pai e mãe de todos. Dele dependemos para tudo. [...]. Por via de consequência, como é do Estado a tarefa de resolver nossos problemas, compete a ele, e só a ele, a tarefa de julgar nossos litígios".

As consequências dessa mentalidade desdobram-se, ainda, na formação acadêmica dos operadores do Direito. O enraizamento dessa cultura no País corrobora para que Escolas de Direito atribuam um enfoque maior às disciplinas voltadas para a solução contenciosa dos conflitos.

Segundo Kazuo Watanabe,

> toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio do processo judicial, onde é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo juiz, como representante do Estado.
>
> *É esse o modelo ensinado em todas as Faculdades de Direito do Brasil. Quase nenhuma faculdade oferece aos alunos, em nível de graduação, disciplinas voltadas à solução não contenciosa dos conflitos.*[21]

Como resultado, esse tipo de formação se fragmenta por todos os ramos de atuação do Direito, contagiando juízes – que passam a considerar a sentença um meio mais eficiente de solucionar o conflito do que estimular e promover a autocomposição – e advogados – que dificilmente percebem e consideram outras alternativas à solução do conflito.

Essa percepção de que apenas o Poder Judiciário é capaz de dirimir conflitos pode, inclusive, ser apontada como uma das causas da atual crise de sobrecarga de processos judiciais, que se reflete na morosidade das soluções.

Diante desse cenário, resta evidente que, apesar da comprovada incapacidade de monopolização da jurisdição pelo Estado, a busca por novos métodos de solucionar litígios encontra fortes empecilhos na cultura brasileira.

Sobre o tema, afirma Walsir Edson Rodrigues Júnior:

> [...] o problema mais grave existente no Brasil para a institucionalização da mediação e outras formas alternativas de composição de conflito, sem dúvida alguma, é a questão cultural. Prova disso, é que a mediação tem sido adotada com grande sucesso, em vários países do mundo. Entretanto, para que no Brasil não seja diferente, é necessário, antes de tudo, difundir a ideia de seu valor a todos os cidadãos, em âmbito nacional, principalmente aos operadores do Direito.[22]

20 *Apud* AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de mediação judicial*. 7. ed. Brasília: GT RAD, 2018. p. 35.
21 WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo*: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2013. p. 6.

Ante o explicitado, é notória a necessidade de superação da cultura litigiosa para o avanço e desenvolvimento da mediação no Brasil. Tal marco deve ter início com os próprios operadores do Direito, que precisam se demonstrar abertos a buscar outras formas de solucionar os conflitos.

2.2 Necessidade da mudança de mentalidade dos advogados

Diante da formação acadêmica voltada para a cultura do litígio disseminada no Brasil, é inevitável que os advogados tenham dificuldades em aceitar ou buscar métodos diversos para resolver disputas.

As grades curriculares e os ensinamentos voltados primordialmente ao método tradicional de jurisdição estatal transformam os estudantes de Direito, futuros praticantes da profissão, em notáveis litigantes. Isso corrobora para que o próprio conflito seja visto por essa classe como uma competição, em que necessariamente um dos lados deve perder para o outro ganhar.

Nesse sentido, a forma como os advogados são instruídos a agir na graduação acaba por formar uma mentalidade adversarial que, segundo Maria de Nazareth Serpa, sustenta-se nas seguintes premissas:

> I – Disputantes são adversários, se um ganha o outro tem que perder. II – Disputas tem de ser resolvidas através do emprego de uma terceira parte, baseado em alguma disposição legal. Ao que se pode acrescentar uma terceira, uma quarta e uma quinta presunção. III – Disputas envolvem somente questões legais. IV – Advogados somente podem ter em mente os direitos do seu cliente e esses são incompatíveis com os direitos da outra parte. V – *Só* existe uma verdade jurídica e esta só tem uma face.[23]

É inequívoco que esse pensamento é inteiramente baseado em disputas adversariais e que contrariam completamente as premissas que regem a mediação. Em razão dessa mentalidade, os próprios advogados passam a ser um obstáculo para que esse método possa ser considerado eficaz.

Por esse motivo, é essencial que haja uma verdadeira mudança de perspectiva desses profissionais acerca dos aspectos do conflito em si. Isso porque as premissas que regem o pensamento judicializado não são capazes de abarcar a complexidade das disputas na prática.

22 RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
23 SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 304-305.

Primeiramente, deve ser afastado esse pensamento de que a situação ganha-perde é inevitável em um confronto. Há situações em que os interesses das partes envolvidas são convergentes, podendo oferecer benefícios mútuos.

Indo além, cumpre ressaltar que as disputas não se baseiam meramente em aspectos legais. Embora sejam comumente judicializadas para discussão das questões jurídicas, o que se percebe na prática é que, na maioria dos casos, esse não é o aspecto mais relevante para as partes, tendo em vista que o próprio ponto de partida para a desavença pode advir de questões psicológicas e sociais.

Por fim, é errôneo pensar na existência de uma única verdade jurídica. Quando aplicada ao caso concreto, a lei pode dar abertura a diversas interpretações que são, em certa medida, subjetivas. É em função disso, inclusive, que os advogados em raras ocasiões conseguem prometer a seus clientes que os resultados obtidos em uma ação judicial serão aqueles esperados.

Entretanto, ainda que demonstrado que a visão adversarial não representa a realidade fática dos conflitos, a advocacia esbarra com outros preconceitos acerca do uso da mediação.

No âmbito prático, os advogados têm receio de que a utilização desse método represente, por um lado, perda de controle sobre o processo, e, por outro, consequente demonstração de falta de competência para se ganhar a disputa no Judiciário. Aliado a isso, há o medo de perda do cliente em caso de insucesso, haja vista que não se pode ter garantias do resultado.

Embora compreensível, a realidade é que os referidos receios são fruto de um desconhecimento e falta de informação sobre a mediação. No mesmo sentido se posiciona Walsir Edson Rodrigues[24], ao afirmar que o posicionamento dos advogados contra a mediação denota uma total ignorância desses para com o assunto.

Conforme será posteriormente analisado, o advogado tem um papel essencial não somente na preparação do seu cliente, como também no auxílio de criação de opções, o que, em certa medida, faz com que ele continue a ter controle sobre as estratégias a serem usadas no procedimento e poderá, dessa forma, demonstrar ao seu cliente o domínio de competência e capacitação técnica necessários para patrocinar com sucesso a causa defendida por ele.

24 RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 161.

Em face do exposto, é evidente a necessidade de mudança de mentalidade dos advogados para que o método judicial deixe de ser a primeira e única opção buscada em face de um conflito. Aliás, esse é um caminho sem volta. O próprio Ministério da Educação (MEC) já sinalizou que os cursos de Direito deverão se adequar a essa nova realidade, uma vez que, pelas novas Diretrizes Curriculares Nacionais, espera-se que o egresso tenha o "domínio das formas consensuais de composição de conflitos", que devem passar a integrar o projeto pedagógico e a organização curricular dos cursos, especificamente como parte obrigatória da formação técnico-jurídica do estudante de Direito. Indo além, até mesmo os Núcleos de Prática Jurídica (NPJ), tradicionalmente voltados para a prática do processo judicial contencioso, deverão incluir "práticas de resolução consensual de conflitos"[25].

É necessário, portanto, que os operadores do Direito estejam abertos para buscar outros métodos não adversariais, como a mediação, quando o caso concreto se mostrar favorável a ele, principalmente porque é notória a exaustão da cultura do litígio e a evolução do Direito exigida pela própria sociedade.

2.3 Necessidade de adequação da postura dos advogados

Conforme já demonstrado, foram inúmeros os avanços legislativos para o fomento do uso da mediação como instrumento de resolução de conflitos. Contudo, embora o legislador tenha cumprido seu papel, é necessário observar que, para a eficaz difusão dos métodos consensuais, os agentes neles atuantes devem aprender a utilizá-los da maneira correta. Nesse sentido, Trícia Navarro Xavier Cabral afirma:

> [...] a relevância que o CPC/2015 atribui ao uso da conciliação e mediação como mecanismos adequados e complementares às soluções adjudicatórias do Estado, deve ser proporcional à correta utilização pelos operadores do direito, a fim de que possam ganhar a credibilidade necessária e justificar a boa intenção legislativa.[26]

Nesse sentido, o que se percebe é a necessidade de adequação dos sujeitos interventores, sobretudo os advogados, ao método a ser utilizado, para que ele possa alcançar os objetivos esperados.

O primeiro passo nessa mudança, sem dúvidas, é o reconhecimento de que a mediação é uma forma eficaz de solucionar os conflitos, trazendo, portanto, satisfação aos clientes.

25 Portaria nº 1.351, de 14 de dezembro de 2018, que homologou o Parecer CNE-CES nº 635, de 2018.
26 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A evolução da conciliação e mediação no Brasil. *Revista Fonamec*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 368, 2017.

Em razão da cultura litigante do nosso País, é natural que, ao se deparar com uma situação conflituosa, a primeira atitude dos indivíduos seja consultar um advogado. Por essa razão, esse profissional deve conhecer a variedade de métodos que podem ser utilizadas para solucionar o problema de seu cliente.

Assim, com vistas a atingir o melhor resultado possível, o profissional precisa compreender e dominar as particularidades de cada método, para, então, pautado nas singularidades do caso concreto, ajudar o seu cliente a decidir qual o melhor caminho a ser seguido.

Conforme orienta Juan Luis Colaiácovo,

> a função de todo profissional é ajudar seus clientes a resolverem seus conflitos ou a tocarem seus negócios pelos métodos mais apropriados e estar capacitado a participar desse processo, uma vez escolhido. Se esse for o raciocínio de todos os profissionais, haverá uma interação significativa destes com seu trabalho e com os métodos alternativos.[27]

Sem dúvidas, a mediação deve ser considerada como uma opção quando as condições fáticas lhe forem favoráveis. Portanto, os advogados precisam ser os primeiros a afastar qualquer eventual resistência à utilização desse instituto.

O profissional da advocacia precisa se atualizar sobre as novas vertentes que prezam, principalmente, pela satisfação dos envolvidos no conflito, por meio de uma resolução mais célere e que atenda aos reais interesses e às necessidades das partes.

Diante disso, o advogado que exerce sua atividade no mercado atual não pode deixar de considerar o potencial e as vantagens que a mediação pode oferecer, não apenas para os clientes, mas também para a sociedade em geral. Como melhor explica Aldemar de Miranda Motta Júnior,

> é fundamental que o advogado brasileiro contemporâneo se conscientize de que a advocacia do Século XXI precisa ser repensada para se coadunar com os interesses da sociedade, que anseia por celeridade, adequação e eficácia na condução de suas controvérsias. A mediação consiste em um instrumento à disposição dos advogados, que tem potencial de incrementar a qualidade dos resultados obtidos e de abreviar o tempo de sobrevida da controvérsia.[28]

27 COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, mediação e arbitragem*: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 92.

28 MOTTA JÚNIOR, Aldemar de Miranda. Conclusão: mediação, um novo mercado para a advocacia. In: MOTTA JÚNIOR, Aldemar Miranda; VASCONCELOS, Carlos Eduardo de; FALECK, Diego; ORLANDO, Fabíola; MAIA NETO, Francisco; DORNELLES, Ricardo; PELAJO Samantha. *Manual de mediação de conflitos para advogados*: escrito por advogados. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 150.

Importa ressaltar ainda que o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil há muito já previa em seu texto que a prevenção de instauração de litígios, por meio do estímulo à conciliação, é dever do advogado. Com a edição da Resolução nº 2/2015, que alterou o referido diploma legal, o Conselho Federal da OAB acentuou ainda mais essa obrigação, acrescentando a esse rol também a mediação. Desse modo, o art. 2º, parágrafo único, inciso VI, do Código de Ética e Disciplina da OAB passou a estabelecer como dever do advogado: "VI – estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios"[29].

De fato, o que se depreende dessa norma – feita por advogados para advogados – é que o dever primordial desse profissional para com seu cliente não é a instauração de um processo judicial. O advogado é contratado para auxiliar o cliente a solucionar o conflito, e, portanto, é seu dever encontrar a melhor forma de se alcançar esse objetivo. Para isso, é preciso perceber que a busca pela tutela jurisdicional nem sempre será a melhor opção.

Nesse contexto, o simples ato de informar o cliente acerca das diversas opções para resolução do problema já representaria um grande avanço. A indicação da mediação como um método adequado, exaltando suas vantagens, quando o caso assim permitir, também deveria fazer parte do cotidiano da advocacia.

Cumpridos esses passos, o próprio interessado, ao ser apresentado a todas as possíveis alternativas, terá a capacidade de decidir a melhor maneira de encerrar sua disputa. Então, a partir do momento em que a mediação é escolhida como o método a ser utilizado, é imperioso que o advogado tenha a capacidade de adequar seu comportamento e suas estratégias a esse método.

Conforme já indicado, a mediação em muito se diferencia do processo judicial e, por esse motivo, requer um tipo de postura e atuação diferente daquela adotada pelo advogado litigante. Como primeiro ponto dessa mudança de postura está a compreensão e o reconhecimento de que nesse método o protagonismo é do cliente, haja vista que ele atua ativamente para a construção da decisão a ser tomada. Isso não significa que o advogado será dispensável ou que deva adotar uma postura totalmente passiva. Longe disso, a presença desse profissional é essencial para otimizar as oportunidades de ganho do cliente. Entretanto, o modo como o advogado irá atuar para alcançar esses objetivos será diverso.

29 BRASIL. Resolução nº 2/2015. Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2015. Fonte: <https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>, acessado em 02.11.2018.

Na mediação, o advogado deve agir como parceiro de seu cliente, utilizando a sua experiência profissional parar criar um ambiente propício à negociação e auxiliá-lo a satisfazer seus interesses. Com foco nesses objetivos, o advogado precisa desenvolver habilidades específicas para esse tipo de procedimento, que se resumem na denominada "postura colaborativa".

A postura colaborativa, em simples resumo, pode ser entendida como a capacidade do advogado de buscar a compreensão de todos os aspectos do conflito, de modo a considerar também as razões, os interesses e as necessidades da outra parte. Cumpre destacar que a adoção de uma postura colaborativa não significa altruísmo e, muito menos, que o advogado deverá agir de modo "bondoso" para ajudar a outra parte. Pelo contrário, a cooperação em mediação é um ato estritamente racional que visa a potencializar os ganhos individuais do seu cliente. Esse entendimento se baseia na fundamentação teórica aprimorada por John Nash[30], que concluiu que, em situações de competição envolvendo relações continuadas, as partes tendem a obter maiores ganhos quando agem cooperativamente.

Ademais, não há dúvidas de que a adoção de uma postura de advogado litigante, que vai a uma mesa de mediação para discutir, persuadir e travar embates jurídicos, em nada poderá contribuir para a obtenção de um consenso entre as partes, que é a finalidade da mediação. Esse tipo de comportamento, resultado de uma falta de conhecimento e preparo, é prejudicial não apenas para a mediação, como também para o cliente, vez que amplifica os aspectos emocionais e a litigiosidade entre as partes. Por consequência, há a extensão da duração da lide e potencial dificuldade para a autocomposição.

Em vista disso, é inevitável concluir que a mediação não avança se o advogado não incorporar o seu papel. E a consequência imediata disso é a insatisfação das partes, que, diante da experiência frustrada, deixam de acreditar na mediação como uma ferramenta adequada e eficaz para dirimir disputas.

Ora, se as próprias partes, que representam os principais interessados na resolução rápida e menos custosa do seu problema, não conseguirem vislumbrar as vantagens da mediação, devido a uma falta de preparo técnico de seus advogados, é evidente que esse método terá dificuldades para se difundir no País.

Por isso, os advogados têm um papel fundamental na difusão da mediação no Brasil, que envolve não apenas a indicação da utilização desse mecanismo, como também a preparação para uma atuação apropriada, capaz de contribuir positivamente para o êxito desse procedimento.

30 *Apud* AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de mediação judicial*. 7. ed. Brasília: GT RAD, 2018. p. 78-79.

Diante disso, é notório que, para o exercício pleno da advocacia na mediação e o consequente avanço desse método no País, os advogados devem buscar se capacitar para poderem atuar de forma eficaz nesse método, desenvolvendo técnicas e habilidades que possibilitem a adoção de uma postura colaborativa.

3 A POSTURA COLABORATIVA NA ADVOCACIA

3.1 A importância do advogado na mediação

O advogado, no exercício de suas atribuições, tem o importante papel de defesa da justiça e da paz social. Portanto, é forçoso reconhecer que a advocacia desempenha uma relevante função em nossa sociedade, conforme, inclusive, estabelece o art. 2º, § 1º, do Estatuto da Advocacia da OAB[31].

Em razão disso, o advogado foi elevado, por força constitucional, ao patamar de sujeito indispensável à administração da justiça. Essa previsão legal pode ser verificada tanto no art. 133 da Constituição Federal quanto nos arts. 2º do Estatuto da Advocacia da OAB e do Código de Ética e Disciplina da OAB.

Neste contexto, considerando o dever social da advocacia de colaborar para a efetiva resolução de litígios e, ainda, que a mediação é um dos métodos que compõem o atual conceito de acesso à justiça, não há dúvidas de que o envolvimento do advogado nesse procedimento é também indispensável.

Ao tratar sobre a importância da participação dos advogados na mediação, o Presidente do Conselho Federal da OAB, Paulo Lamachia, afirmou:

> O advogado é o profissional que traz segurança a todas as decisões judiciais. Relativizar sua imprescindibilidade é dizer ao cidadão que sua causa é menor. Não existe direito menor. A busca pela Justiça, por qualquer meio, deve sempre contar com o respaldo técnico e a confiança trazida pelos advogados.[32]

Importa esclarecer que a imprescindibilidade tratada aqui, de nenhuma maneira, pressupõe uma obrigatoriedade da presença e participação do advo-

31 BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília: Senado, 1988. Fonte: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>, acessado em 03.11.2018.

32 CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. Para OAB, participação de advogados em mediação e conciliação deve ser obrigatória. Fonte: <http://www.conima.org.br/arquivos/15933>, acessado em 04.11.2018.

gado para a validade do procedimento, quando tal exigência não tiver sido estabelecida em lei. O que se pretende demonstrar são os benefícios que podem advir da contribuição desse profissional, haja vista que a própria Constituição enfatiza o seu papel significativo na resolução de conflitos.

Portanto, quando o advogado atua de modo compatível e adequado, a sua contribuição para o sucesso da mediação é inestimável. Isso se deve ao fato de ser ele o responsável pela fundamental preparação e pelo assessoramento do cliente, para que ele se sinta confiante o suficiente para estar em uma mesa de mediação.

Por outro lado, não há dúvidas de que a falta de conhecimento sobre os aspectos do procedimento e a ausência de preparação pode contribuir para o insucesso da mediação. Segundo Bruce Meyerson[33], há estudos recentes que apontam que casos em que o cliente está completamente preparado para a mediação têm maiores chances de alcançar um acordo.

Destarte, a primeira função primordial do advogado atuante na mediação é a preparação do cliente, haja vista que, como qualquer outro procedimento, ela também demanda organização prévia. Assim, advogar na mediação de forma efetiva pressupõe definir estratégias que possam aumentar as chances de êxito no procedimento.

Esse processo de preparação, anterior ao início do procedimento, envolve diversas etapas, como: explicação do procedimento e papel de todos seus intervenientes – mediador, partes e advogados –, escolha do mediador, estudo estratégico do conflito para análise do risco e escolha das estratégias de negociação.

Devidamente preparado para iniciar o procedimento, o advogado pode acompanhar, pessoalmente ou não, o cliente nas sessões de mediação. Importa elucidar, nesse momento, que são várias as formas como o advogado pode atuar na mediação. Há situações em que, por conveniência da situação, as partes podem preferir não ter a presença física de seus advogados, mas é fundamental que esse profissional esteja disponível para auxiliar o seu cliente, caso isso se torne necessário.

É comum perceber que os advogados, ao acompanharem as partes nas sessões, restringem sua participação a tirar dúvidas jurídicas do seu cliente, muitas vezes orientados dessa forma pelos próprios mediadores. Todavia, a função do advogado na mediação não se limita a isso e a adoção dessa postura

33 MEYERSON, Bruce E. Preparing for Mediation: Effective Representation of Clients. Fonte: <http://www.brucemeyerson.com/pdf/Preparing%20for%20Mediation.pdf>, acessado em 03.11.2018.

em nada contribui para o sucesso do processo. Pelo contrário, deve-se encorajar o advogado a assumir o papel de parceiro do seu cliente, estando ao seu lado, na mesa ou fora dela, e intervindo, não apenas para esclarecer pontos jurídicos, mas também para ajudar seu cliente a pensar de maneira estratégica e, dessa forma, conseguir analisar com tranquilidade as opções e alternativas que possam se apresentar ao longo da mediação. O advogado tem, na verdade, inúmeras e relevantes funções a serem exercidas ao longo de um procedimento de mediação.

Inicialmente, pode-se enfatizar o papel de observar e zelar pelos princípios e pelas regras do procedimento. O advogado precisa ter um domínio aprofundado acerca do método, para que seja capaz de identificar quaisquer violações que possivelmente possam ser praticadas pelo mediador ou pela outra parte. Ademais, o advogado tem o encargo de auxiliar o seu cliente a investigar e compreender os interesses da outra parte. Esse ponto é crucial, pois, a partir dessa investigação, o advogado deverá se utilizar de toda sua experiência profissional e criatividade para criar opções razoáveis e satisfatórias a ambas as partes, que tenham potencial para compor o litígio. O advogado é também garantidor do princípio da decisão informada. Segundo André Gomma de Azevedo, esse pode ser assim compreendido:

> [...] o princípio da decisão informada estabelece como condição de legitimidade para a autocomposição a plena consciência das partes quanto aos seus direitos e a realidade fática na qual se encontram. Nesse sentido, somente será legítima a resolução de uma disputa por meio de autocomposição se as partes, ao eventualmente renunciarem a um direito, tiverem plena consciência quanto à existência deste seu direito subjetivo.[34]

Ainda que seja função do mediador observar o respeito a esse princípio, fato é que esse terceiro imparcial tem como atribuição simplesmente verificar se as partes estão conscientes da decisão tomada. Nada mais. Não lhe cabe orientar ou fazer sugestões, sob pena de perder a sua imparcialidade. Sobre os limites dessa verificação, pondera Fernanda Tartuce: "Em relação ao mérito da disputa, não cabe ao terceiro imparcial atuar como assessor técnico ou advogado, mas tão somente checar se os envolvidos conhecem dados suficientes para que as soluções construídas consensualmente possam ser acolhidas como fruto genuíno e esclarecido consentimento"[35].

Isso posto, o que se conclui é que essa verificação feita pelo mediador pode não ser eficiente, principalmente quando considerado o envolvimento

34 AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de mediação judicial*. 7. ed. Brasília: GT RAD, 2018. p. 263.
35 TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 194.

emocional das partes no conflito. Em razão disso, por ser conhecedor do mérito e dos aspectos legais do caso, é de extrema importância que o advogado aconselhe seu cliente acerca de todas as implicações jurídicas da decisão a ser tomada, garantindo, assim, a legitimidade da concordância e a observância ao princípio da decisão informada.

Por fim, além de estar disponível para prestar quaisquer esclarecimentos jurídicos necessários ao avanço da negociação, o advogado tem a função de proteger a ordem jurídica. Isso significa que ele terá a crucial incumbência de analisar se as opções trazidas à mesa, para a resolução do conflito, são viáveis no âmbito jurídico. Isto é, se não há proibição legal que impeça o prosseguimento e a execução dos termos acordados ou fundamentos jurídicos capazes de trazerem nulidades ao acordo firmado.

Sobre a participação durante as sessões de mediação, é relevante evidenciar que o advogado deve sempre respeitar o protagonismo da parte nesse procedimento. Entretanto, apesar de suas intervenções serem principalmente no sentido de contribuir com aspectos técnicos e jurídicos de forma a incentivar o avanço das negociações, o advogado ocupa uma posição privilegiada, por não estar envolvido diretamente no conflito e poder contribuir com um olhar diferenciado e sem o mesmo envolvimento emocional que seu cliente tem. Com isso, ajudar o seu cliente a se preparar e orientá-lo a fazer suas colocações de forma adequada e dentro de uma perspectiva positiva também é função do advogado na mediação.

Encerradas as tratativas, o advogado tem ainda o compromisso de ajudar a reduzir a termo todos os compromissos assumidos pelas partes durante a mediação, incluindo as condições e formas de execução. Nesse momento, sua atuação é fundamental, pois um acordo bem redigido, que retrata fielmente a vontade das partes, tem o condão de garantir a eficácia do procedimento.

Caso seja de interesse das partes, e haja necessidade, o advogado é encarregado ainda de tomar todas as providências necessárias para a homologação judicial do acordo e sua posterior execução.

Demonstradas todas as contribuições que o advogado pode trazer para uma mesa de mediação, resta evidente que sua participação tem o potencial de agregar eficácia e qualidade à mediação. Por outro lado, quando não há conhecimento das formas como se deve atuar e falta preparação técnica para a atuação, o advogado pode atrapalhar em muito o avanço das negociações, e, consequentemente, levar ao seu cliente uma descrença na efetividade do método.

Para impedir a ocorrência desse tipo de situação, é indispensável que o advogado busque se capacitar para atuar de forma positiva no procedimento de mediação. Para atingir essa finalidade, é essencial o desenvolvimento de competências específicas, como habilidades autocompositivas, análise estratégica do conflito e técnicas de negociação.

3.2 Benefícios do desenvolvimento de habilidades autocompositivas

Podemos entender habilidades autocompositivas como um conjunto de comportamentos, que podem ser desenvolvidos e utilizados estrategicamente, em uma situação de autocomposição, para se atingir o sucesso esperado. Em vista disso, o conhecimento e aprimoramento prático dessas habilidades podem auxiliar partes e advogados a tornarem o ambiente da mediação o momento mais proveitoso possível para atingir seus objetivos.

Inicialmente, pode-se destacar a capacidade de criação de um ambiente positivo e propício para a negociação. A melhor estratégia para o advogado nesse ponto é se ater aos interesses de seu cliente, deixando de lado os debates demasiadamente jurídicos e não pertinentes à resolução do problema.

Saber controlar as emoções e reações é outra habilidade que oferece enormes benefícios, pois mantém as pessoas concentradas no objetivo a ser alcançado. Consoante os ensinamentos de Willian Ury[36], a reação faz com que o foco se perca do interesse, alimentando um ciclo improdutivo de ações e reações, e distanciando-se cada vez mais das finalidades iniciais.

Por fim, ser capaz de se comunicar com a outra parte de forma eficiente se mostra valioso. Essa comunicação abrange duas vertentes: escuta e fala. Em uma esfera autocompositiva é relevante empregar uma escuta ativa, que significa escutar para compreender o que está sendo dito pelo outro. Esse conceito em muito se relaciona com compreensão de empatia desenvolvida por Marshall B. Rosenberg[37], que seria a compreensão do que o outro está vivenciando. Isto é, escutar envolve identificar sentimentos, necessidades e pedidos, sem pré-julgamento. Do mesmo modo, a comunicação com o outro, seja verbal ou não verbal, deve ser respeitosa, clara e objetiva, evitando ataques e provocações que causem embates desnecessários.

O desenvolvimento dessas habilidades pelo advogado certamente irá proporcionar inúmeros benefícios ao ambiente da mediação, vez que o tornará

36 URY, Willian. *Negocie para vencer*: instrumentos práticos e criativos para chegar ao sim. 2. ed. rev. e atual. Trad. Regina Amarante. São Paulo: HSM Editora, 2013. p. 55-74.

37 ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta*: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006. p. 133-157.

mais produtivo e propício ao consenso, o que, consequentemente, favorecerá também seu cliente.

3.3 Indispensabilidade da análise estratégica do conflito

A análise estratégica do conflito representa um estudo aprofundado de todos os aspectos do litígio, tendo como principal intuito prognosticar custo, tempo e eventuais riscos a serem observados. Essa análise é importante na medida em que pode fornecer ao advogado um panorama completo de todos os possíveis cenários em que o conflito pode se desmembrar, oportunizando, portanto, uma melhor preparação desse profissional.

No mesmo sentido, ela pode despertar o cliente para aspectos ainda não pensados, como a probabilidade de êxito, os riscos financeiros e a melhor forma de se conduzir a negociação com a outra parte.

Conforme já ressaltado, o estudo do conflito é de suma importância para a preparação de clientes e advogados para uma mediação. Na tentativa de auxiliar a execução desse trabalho, o *International Mediation Institute* – IMI (2017) elaborou um documento[38] que, de forma completa, orienta todos os aspectos que devem ser observados durante esse exercício.

Entre os aspectos dessa análise estratégica, inicialmente deve-se fazer um estudo do caso em si, para tomar conhecimento dos fatos que geraram o conflito. Nesse momento, o cliente exercerá um papel importante, haja vista que é o principal detentor de todas essas informações. A coleta de dados será, então, substancial, vez que é preciso entender a origem do relacionamento entre os conflitantes – se jurídico ou social –, o que gerou a controvérsia, quais as demandas feitas por cada parte e se medidas legais e formais já foram tomadas.

A partir das informações obtidas, o advogado deve investigar e entender quais são os interesses, as motivações e as necessidades envolvidos na controvérsia, haja vista que esses são os dados essenciais para a criação de opções.

Outra importante análise a ser feita refere-se aos riscos financeiros que envolvem o conflito. Dentro desse tópico, é preciso avaliar todas as possíveis despesas que a situação conflituosa pode gerar, tanto no plano do direito material quanto no do processual. Esse estudo é importante para alertar o cliente acerca dos reais riscos monetários que ele pode incorrer, caso um acordo não seja possível de ser alcançado na mediação.

38 *"Olè! Concise Case Analysis & Evaluation Tool"*, que tem por objetivo ajudar partes e advogados a analisarem os conflitos e avaliarem o método mais adequado de resolução da disputa.

Importante, portanto, conhecer a melhor alternativa para o seu cliente em relação ao acordo negociado – a denominada BATNA[39]. Essa reflexão implica planejar qual a melhor saída para atingir os interesses caso fracassada a medição. Willian Ury e Roger Fisher[40] destacam que o conhecimento da BATNA é fundamental na análise de qualquer proposta de acordo, uma vez que só será interessante aceitar essa proposta se ela for melhor do que a sua BATNA. Dentro dessa concepção, é pertinente que se faça o exercício inverso, avaliando qual seria também a pior alternativa do seu cliente caso a mediação não obtenha os resultados esperados – a denominada WATNA[41].

Após essas ponderações, será possível identificar aquele resultado que é o mais provável de se obter fora de uma mediação. A partir disso, é imperioso que o advogado avalie em que medida esse possível cenário é mais favorável, ou não, ao cliente, para determinar o seu poder de negociação. Com essa base, será possível traçar as metas e os limites a serem levados à mesa de mediação.

Diante de todos esses aspectos, resta comprovado que a análise do conflito é indispensável para a elaboração de estratégias. A partir desse estudo e da ampla visão dos riscos e possíveis ganhos que ele proporciona, cliente e advogado conseguem se preparar da forma devida para irem à mediação cientes dos seus limites negociais.

3.4 Imprescindibilidade do conhecimento de técnicas de negociação

A mediação é comumente definida como uma negociação facilitada por um terceiro. Diante disso, é indubitável que as chances de se obterem os frutos esperados estão intimamente ligadas ao conhecimento e treinamento acerca das técnicas e habilidades negociais.

Logo, o advogado que está capacitado para negociar, quando atuante na mediação, sem dúvidas, amplia as chances de conseguir resultados mais satisfatórios para os seus clientes.

Além disso, o conhecimento acerca dos aspectos da negociação é crucial para a escolha das estratégias que serão adotadas na mediação. Segundo Marcelo Girade Corrêa[42], saber escolher a estratégia de negociação mais adequada para cada caso é um dos pontos que pode ajudar os advogados a atuarem com segurança na mediação.

39 *Best Alternative to a Negotiated Agreement.*
40 FISHER, Roger; URY, Willian. *Como chegar ao sim*: como negociar acordos sem fazer concessões. 1. ed. Trad. Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014. p. 109-112.
41 *Worst Alternative to a Negotiated Agreement.*
42 CORREA, Marcelo Girade. Desafios, oportunidades e ameaças para a advocacia na mediação. *Resultado, Revista da Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial*, ano 10, n. 50, p. 25, 2014.

De acordo com a classificação utilizada pelo Professor da Universidade Harvard, Howard Raiffa[43], existem essencialmente dois tipos de negociação: a distributiva e a integrativa. A negociação conhecida como distributiva é aquela baseada na barganha posicional. Nesse modelo, as partes negociantes focam apenas nos seus próprios desejos, com a finalidade de maximizar seus ganhos pessoais, necessariamente, diminuindo os do adversário. De acordo com o Manual de Mediação de Conflitos para Advogados, a negociação distributiva é o tipo mais utilizado por essa categoria profissional, senão vejamos: "[...] o modelo mental e o comportamento dos negociadores é voltado para conseguir o maior pedaço da torta. É a forma mais cómum de negociar e muito utilizada pela grande maioria dos advogados, uma vez que possui fortes características adversariais, compatíveis com a formação obtida nos cursos de Direito"[44].

Embora seja o mais adotado, a barganha por posições não é a forma negocial mais eficiente de ser aplicada em uma mediação, haja vista a sua concepção adversarial. O fato de um dos lados obter proveitos às custas do outro pode causar raiva e ressentimento, que, por sua vez, levam a consequências, como prejuízo da relação e possível não cumprimento do acordo.

Em função disso, Willian Ury e Roger Fisher[45] afirmam que a discussão com base em posições é ineficiente, produz resultados insensatos e ameaça o relacionamento. Assim sendo, a melhor estratégia a ser adotada em uma mediação seria a negociação integrativa. Esse modelo negocial se baseia na primazia dos interesses, considerando, além de interesses próprios, as necessidades da outra parte. Essa forma de negociação foi desenvolvida de forma profunda pelos referidos autores, que criaram um método objetivo de negociação baseado em quatro princípios básicos, quais sejam: separação das pessoas do problema, concentração em interesses, invenção de opções de ganhos mútuos e utilização de critérios objetivos[46].

A separação das pessoas do problema é um recurso importante para amainar o grau de litigiosidade entre as partes. Em face de um problema, é comum que as pessoas sejam vistas como as culpadas, fazendo com que as emoções se misturem com o problema. Entretanto, para conseguir resultados, é necessário que o foco esteja em atacar o problema, e não as pessoas. O advogado, portanto, deve incentivar o seu cliente a ser "compreensível" com as pessoas para que o foco esteja na solução.

43 RAIFFA, Howard. *The Art and Science of Negotiation*. 12. ed. Boston: Ed. Harvard University Press, 1982.
44 ORLANDO, Fabíola. Relevantes contribuições do advogado para a mediação. In: MOTTA JÚNIOR, Aldemar Miranda; VASCONCELOS, Carlos Eduardo de; FALECK, Diego; ORLANDO, Fabíola; MAIA NETO, Francisco; DORNELLES, Ricardo; PELAJO Samantha. *Manual de mediação de conflitos para advogados*: escrito por advogados. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.
45 FISHER, Roger; URY, Willian. *Como chegar ao sim*: como negociar acordos sem fazer concessões. 1. ed. Trad. Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014. p. 28-30.
46 Ibidem, p. 39-101.

Por sua vez, a técnica de se concentrar nos interesses é uma das mais valiosas para se atingirem os objetivos traçados. A finalidade de uma negociação é ter os interesses atendidos. No procedimento de mediação, a parte tem a oportunidade de tratar todos os seus interesses, inclusive aqueles não econômicos. Por isso, além de focar nos interesses próprios, é necessário também buscar as razões ocultas por trás das posições da outra parte, haja vista que interesses comuns são capazes de possibilitar acordos.

Já a geração de opções de ganhos mútuos tem a finalidade de ampliar a gama de soluções possíveis ao problema enfrentado, considerando que uma única alternativa reduz as chances de aceitação. Nessa perspectiva, tem-se que a capacidade de criação de múltiplas opções favoráveis para ambos os lados é extremamente vantajosa a um negociador. O advogado, portanto, ao se utilizar de sua criatividade conjuntamente com a sua experiência profissional para elaborar opções, torna-se um forte aliado na defesa dos interesses de seu cliente.

Por fim, o uso de critérios objetivos se mostra uma ferramenta essencial para afastar a barganha posicional, pois tem como principal premissa a busca por padrões justos que se aplicam ao caso. Assim, é essencial que, ao apresentar opções, o advogado introduza esses padrões a serem considerados, que devem ser autônomos em relação às posições de quaisquer das partes.

Conhecer todas essas técnicas e saber aplicá-las de modo produtivo em uma mediação, sem dúvidas, fará com que o advogado esteja preparado para atuar de modo a garantir os melhores resultados ao seu cliente. Com isso, o advogado sai ganhando, o cliente fica satisfeito e o instituto da mediação passa a ser valorizado e devidamente estimulado em nosso País.

CONCLUSÃO

Com o passar dos anos, as insatisfações com a prestação jurisdicional do Estado tornaram-se cada vez mais evidentes. A morosidade das decisões, atrelada à sobrecarga de processos, evidenciaram outros pontos de descontentamento do jurisdicionado, como custos exacerbados, insuficiente participação dos principais interessados, decisões que desconsideram interesses, entre outros.

Este contexto oportunizou o processo de desjudicialização das demandas, com o consequente surgimento de outros métodos capazes de solucionar

os problemas estruturais do Poder Judiciário e promover a satisfação das partes com a solução apresentada.

Entre esses métodos está a mediação, que se expandiu de forma exponencial no País após ser tratada pelo ordenamento jurídico brasileiro como um método adequado de resolução de conflitos. O referido estímulo tornou-se ainda mais evidente com a edição da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

Para acompanhar as mudanças legislativas, é notória a necessidade de adequação dos sujeitos intervenientes no processo a essas novas técnicas de resolução de conflitos, principalmente dos advogados.

O advogado é, por força constitucional, considerado indispensável à administração da justiça. Desse modo, tendo em vista que a função primordial da justiça é a pacificação e resolução de conflitos, e, ainda, que a mediação represente um método adequado que visa a esse mesmo fim, é manifesto que a presença do advogado em tal procedimento é também essencial.

Entretanto, é necessário compreender que o papel do advogado na mediação em muito diverge da figura do procurador litigante. Nesse sentido, torna-se necessário que os representantes legais das partes se desvinculem da tarefa de defender e persuadir, para que possam adotar uma postura colaborativa, conforme demanda o procedimento de mediação.

A atuação do advogado nesse procedimento envolve diversas etapas que em muito se diferenciam das funções por ele exercidas no processo judicial. Entre as principais, podem ser citadas: preparação do cliente, análise estratégica do conflito, alinhamento das táticas negociais, orientações jurídicas ao longo das sessões, observância aos princípios do procedimento e à ordem jurídica, ajuda na criação de opções de ganhos mútuos, e até mesmo redação do possível acordo.

É cediço que a atuação descuidada e combativa dos procuradores pode agravar o conflito e inviabilizar o andamento da mediação, o que, consequentemente, gera o descontentamento das partes com o procedimento. O insucesso da mediação, causada pela má atuação dos advogados, acaba por gerar uma descrença no método. Essa situação impede que o procedimento, que traz inúmeros benefícios às partes e tem potencial para diminuir drasticamente a quantidade de demandas judiciais, avance no País.

Nesse sentido, torna-se imperiosa a preparação dos advogados para que adotem uma postura colaborativa, que tem como principais aspectos o conhecimento da sua função na mediação, o desenvolvimento de habilidades

autocompositivas, a realização da análise estratégica do conflito e o domínio das técnicas de negociação.

Com a adoção de uma postura adequada e a consciência do seu papel de extrema importância no procedimento de mediação, o advogado contribui para que o método atinja a sua potencialidade de eficiência e, consequentemente, seja difundido no Brasil como um procedimento capaz de gerar resultados mais satisfatórios e efetivos às partes envolvidas no conflito.