

Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos.

Fernanda Tartuce¹

1. Contextualização e relevância do tema.

Nos últimos tempos muito se tem propugnado o uso de meios diferenciados de abordar conflitos. Como fundamentos principais para tal iniciativa, merecem destaque a maior adequação desses mecanismos para atender os indivíduos em seus interesses e o reconhecimento das limitações do Poder Judiciário para distribuir a prestação jurisdicional em tempo e condições razoáveis.

Tais afirmações consideram vantagens para a pessoa envolvida no conflito, que pode encontrar uma saída mais apropriada para seus dilemas, assim como vislumbram aspectos positivos para o Poder Judiciário, que pode ver nos meios consensuais uma forma de aliviar seu imenso acervo de demandas².

Para otimizar a eficiência dos mecanismos autocompositivos a participação do advogado pode ser valiosa; o fomento à adoção do meio consensual pelo cliente e a presença na sessão propiciará aos envolvidos contar com o profissional habilitado a orientar, sanar dúvidas, conferir a viabilidade dos pactos e alertar quanto elementos de sua exequibilidade.

Há vantagens para o advogado quando de sua atuação na autocomposição? Ele pode ser beneficiado com a adoção de meios consensuais de abordagem de controvérsias?

Há quem responda negativamente. A formação das faculdades de Direito ainda prioriza o tratamento contencioso dos conflitos e no mercado de trabalho prevalecem critérios de cobrança a partir de referências litigiosas. Além disso, na tradição brasileira de conciliações (sobretudo em juízo) é comum que se defina que cada parte arcará com os honorários de seu advogado, o que pode reduzir o *quantum* esperado pelo advogado em termos de ganho com a demanda.

A premissa deste artigo, contudo, é diversa: é possível superar os óbices apontados e

¹ Mestre e Doutora em Direito Processual pela USP. Professora dos cursos de Mestrado e Doutorado da FADISP (SP). Professora e sub-coordenadora em cursos de especialização em Direito Civil e Processual Civil. Advogada orientadora do Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto (USP). Membro do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) e do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Mediadora.

² O tema foi desenvolvido com mais detalhamento em TARTUCE, Fernanda. Conciliação e Poder Judiciário. Disponível em http://fernandartartuce.com.br/artigos/cat_view/38-artigos/43-artigos-da-professora.html?start=10. Acesso 22 out. 2012.

constatar que o advogado tem muito a ganhar atuando ao lado de seu cliente quando das tentativas de alcance da autocomposição.

2. Crise, desgastes na prática advocatícia e pluralidade de entendimentos.

A prática advocatícia nas Cortes de Justiça tem se revelado árdua nos últimos tempos por diversos fatores³, destacando-se nesse cenário a intensa crise vivenciada pelo Poder Judiciário.

Segundo José Eduardo Faria, a ineficiência da Justiça brasileira verifica-se no exercício de suas três básicas funções: instrumental (o Poder Judiciário é o principal *locus* de solução de conflitos), política (meio de controle social para cumprir direitos e obrigações, reforçando estruturas de poder e assegurando integração social) e simbólica (disseminação de sentido de equidade e justiça, socialização das expectativas dos atores na interpretação da ordem jurídica e calibragem dos padrões vigentes de legitimidade na vida política)⁴.

Para o autor, a ineficiência “decorre, em grande parte, da incompatibilidade estrutural entre sua arquitetura e a realidade socioeconômica a partir da qual e sobre a qual tem de atuar⁵”.

É fácil perceber que o aparato judiciário não vem sendo aumentado de forma proporcional ao geométrico incremento do número de demandas; como bem pontuou Ovídio Baptista da Silva, “os problemas que afligem nossa prática judicial são *estruturais*” e vêm conduzindo a jurisdição brasileira a um estado lamentável e terminal⁶.

O jurista lembra que o exercício da advocacia forense participa da "sociedade do risco" – que vem sendo, de forma extraordinariamente rápida, transformada pela grande produção de decisões pelo Poder Judiciário. Como milhares de sentenças são produzidas mensalmente por todas as instâncias, “não será difícil encontrar uma dezena de julgados tidos como ‘idênticos’ ao caso investigado, porém, muito provavelmente, contendo divergências entre si, quando não se oponham frontalmente uma às outras, nesse mesmo grupo de ações

³ Não há como negar que todas as ocorrências da vida têm origens multifatoriais... o sistema jurídico vive momentos de ruptura de paradigmas e experimenta constantes tensões por força das exigências da acelerada vida social.

⁴ FARIA, José Eduardo. Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil. Disponível em <http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>. Acesso 18 out. 2012.

⁵ FARIA, José Eduardo. Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil, cit.

⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Advocacia em tempos de crise. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235067095174218181901.pdf>. Acesso 18 out. 2012.

‘idênticas’⁷”.

A necessidade de ser orientado juridicamente é constante. Na maior parte das sociedades modernas é essencial – senão indispensável – que os indivíduos contem com advogados para decifrar as leis (cada vez maiores em numero e complexidade) e para obter informações sobre os elementos necessários para atuar⁸.

Segundo Ovídio Baptista da Silva, a sociedade em que nos encontramos é “essencialmente hermenêutica, com incontáveis visões de mundo”, o que naturalmente nos obriga “a lidar com uma linguagem dotada de *plurivocidade* a exigir permanente interpretação⁹”. Como destacou o grande autor, a situação atual demanda que o advogado, ao receber o cliente, mantenha “atitude de prudência” e evite

“emitir opinião sobre o caso antes de conhecê-lo o suficiente; mas, além disso, haverá de solicitar-lhe o prazo de alguns dias, indispensáveis para que ele se informe da mais recente ‘vontade da lei’, registrada nos últimos dois meses, cuja busca é indispensável fazer nos *sites* dos tribunais, especialmente dos tribunais superiores”¹⁰.

Como se percebe, a prática contenciosa nos Tribunais estatais pode desgastar intensamente o advogado. Por essa razão, a adoção de meios consensuais pode oxigenar seu dia-a-dia propiciando uma diversificada e interessante forma de atuação.

Além da perspectiva do advogado, é imperioso lembrar que a principal função do operador do Direito é ajudar a solucionar problemas; este desiderato demanda a ampliação da concepção sobre as formas de melhor atender o cliente em seus anseios jurídicos e existenciais.

3. O atendimento do cliente ante a narração do conflito.

É corrente a assertiva de que o advogado é o primeiro juiz da causa; afinal, ele é o primeiro a ouvir o cliente tecnicamente de sorte a poder perceber as possibilidades e os limites do ordenamento e das instituições jurídicas no tocante ao atendimento do interesse do

⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Advocacia em tempos de crise. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235067095174218181901.pdf>. Acesso 18 out. 2012.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. Acesso à justiça, p. 32. Quanto às informações para litigar, referem-se os autores aos “procedimentos misteriosos necessários para ajuizar uma causa”.

⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Advocacia em tempos de crise, cit.

¹⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Advocacia em tempos de crise, cit.

indivíduo.

Efetivamente o profissional do Direito é o receptor das inquietudes dos clientes, a quem compete orientar e assessorar sobre os modos de lidar com um impasse atual ou potencial¹¹.

Além do enfrentamento contencioso de controvérsias, é interessante que o advogado conte com variadas ferramentas para abordar os diversificados conflitos com que se depara da forma mais eficiente.

Pode-se afirmar que na sociedade moderna o profissional do Direito tem como uma de suas principais funções não só representar e patrocinar o cliente (como advogado, defensor e conselheiro), mas também conceber o *design* de um novo enquadre que dê lugar a esforços colaborativos¹².

Exige-se atualmente que o advogado desempenhe as funções de negociador, de gerenciador de conflitos, não mais se afeiçoando à profissão um perfil excessivamente beligerante¹³.

Em certas hipóteses, percebendo as limitações decorrentes das parcas razões de seu cliente, é importante que o advogado com ele cogite sobre as vantagens de assumir responsabilidades e evitar derrotas públicas em juízo; para tanto, será importante promover reflexão sobre a adoção mais apropriada de mecanismos consensuais.

Nesse cenário, o advogado pode e deve funcionar como um eficiente agente da realidade. Como bem explana Candido Rangel Dinamarco, “a experiência ensina que a intransigência é muitas vezes fruto de uma desmesurada confiança nas próprias razões, sem perceber que o adversário também pode ter as suas nem sentir que há o risco de, afinal, amargar uma derrota inesperada¹⁴”.

A diretriz de buscar ampliar ferramentas tem sido adotada em diversos países; como exemplo, relata Neil Andrews, ao abordar o panorama inglês, que “a *Law Society* da Inglaterra e País de Gales lançou, em 2005, uma 'orientação de práticas' recomendando que os *solicitors* considerassem, de forma rotineira, se os conflitos de seus clientes seriam adequados

¹¹ HIGHTON DE NOLASCO, Elena I. ALVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008, p. 404.

¹² HIGHTON DE NOLASCO, Elena I. ALVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*, p. 402.

¹³ A assertiva é de Selma Lemes, para quem “devemos efetuar uma introspecção a permitir que estejamos abertos e possamos adaptar-nos às novas mudanças, e procurar superar o adágio de que ‘o cachimbo faz a boca torta’.” (LEMES, Selma Ferreira. Oito anos da lei de arbitragem. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29753-29769-1-PB.pdf>. Acesso 23 out. 2012).

¹⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol, III. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 828.

para as ADR¹⁵”.

Na esteira do que nos Estados Unidos se deu o nome de *Multidoor Courthouse*, começa-se a falar no Brasil em “tribunais multiportas” com base no *pluriprocesso*, vertente em que “as características intrínsecas de cada processo são utilizadas para reduzirem-se as ineficiências inerentes aos mecanismos de solução de disputas, na medida em que se escolhe um processo que permita endereçar de melhor maneira possível a solução da disputa no caso concreto¹⁶”.

A concretização dessa tendência desponta na Resolução 125 do CNJ, em que se passa a compor a pauta pública a política de tratamento adequado de conflitos com maior atenção aos instrumentos da conciliação e da mediação.

Infelizmente, porém, grande parte dos advogados não aborda os meios consensuais. As razões de sua resistência quanto a tais métodos são várias, destacando-se: (i) a sensação de ameaça por estarem fora da zona de conforto habitual; (ii) a crença sobre a falta de programas de treinamento de alta qualidade; (iii) a percepção de que, embora a ideia da autocomposição pareça boa, pelas pautas éticas do advogado sua adoção nunca se torna uma prioridade¹⁷.

A percepção sobre a zona de conforto passa pela falta de conhecimento; a maior parte dos bacharéis brasileiros apenas tem informações na graduação sobre o processo civil em sua vertente contenciosa, concebendo sua prática apenas a partir de tal diretriz.

Para Kazuo Watanabe, a formação acadêmica dos operadores de Direito constitui o grande óbice ao uso mais intenso dos meios alternativos de resolução de conflitos; o modelo ensinado em todas as Faculdades de Direito do país enfatiza “a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses” por meio do processo judicial¹⁸.

A situação não se verifica apenas em terras brasileiras; ao abordar a realidade americana, Leonard Riskin e James Westbrook destacam que a falta de familiaridade dos advogados com métodos diferenciados de abordagem de conflitos, por falta de educação ou

¹⁵ ANDREWS, Neil, *O Moderno Processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. SP: RT, 2010, p. 242. Segundo esclarece o glossário de tal obra, *solicitor* é o advogado cuja função é a de, fundamentalmente, representar a parte para mover a ação e contestar (p. 19).

¹⁶ AZEVEDO, André Gomma de; SILVA, Cyntia Cristina de Carvalho e. Autocomposição, processos construtivos e a advocacia: breves comentários sobre a atuação de advogados em processos autocompositivos. *Revista do Advogado*, ano 26, n. 87, p. 115-124, set./2006, p. 117.

¹⁷ BORDONE, Robert C. MOFFITT, Michael L. e SANDER, Frank E. A. The next thirty years: directions and challenges in dispute resolution. In MOFFITT, Michael L. e BORDONE, Robert C. *The handbook of dispute resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 511.

¹⁸ WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In *Mediação e gerenciamento do processo*. SP, Atlas, 2007, p. 6.

de interesse, é um obstáculo considerável; não obstante as escolas de direito e os tribunais se esforcem em promover esses meios, há muitos advogados que nem sequer conhecem a diferença entre mediação e arbitragem¹⁹.

Além da já mencionada falta de treinamento no método, Leonard Riskin explica que a falta de envolvimento e de maior interesse dos advogados com mediação decorre de mais dois motivos: a maneira pela qual os advogados veem o mundo e a economia da prática advocatícia contemporânea²⁰.

4. Pensamento tradicional dos advogados e adoção de meios consensuais.

Uma significativa diferença de visão constitui um grande obstáculo na adoção dos meios consensuais pelos advogados.

Leonard Riskin expõe o “*Lawyer’s Standard Philosophical Map*”, pensamento dominante entre os práticos e teóricos do Direito que se assenta em duas principais premissas: 1. as partes são adversárias e, se um ganhar, o outro deve perder; 2. as disputas devem ser resolvidas pela aplicação de alguma lei abstrata e geral por um terceiro²¹.

Como se pode facilmente constatar, esses pressupostos são absolutamente contrários às premissas da mediação, segundo as quais: a) todos os envolvidos podem ganhar com a criação de uma solução alternativa; b) a disputa é única, não sendo necessariamente governada por uma solução pré-definida²².

Além disso, no “mapa filosófico” do advogado o cliente costuma ser visto atomisticamente e diversas de suas questões não são vistas²³. Se isto ocorre com o próprio cliente, imagine a situação dos outros envolvidos... Estes não costumam ser considerados.

Para Leonard Riskin, o dever de atender o cliente de forma zelosa desencoraja a preocupação com a situação de todos os envolvidos, gerando ainda pouca atenção em relação à repercussão social do resultado²⁴.

¹⁹ RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute Resolution and Lawyers*. St. Paul: West Group, 1997, p. 52.

²⁰ RISKIN, Leonard L. *Mediation and Lawyers* (1982). In RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute Resolution and Lawyers*, p. 55.

²¹ RISKIN, Leonard L. *Mediation and Lawyers* (1982). In RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute Resolution and Lawyers*, p. 56-57.

²² RISKIN, Leonard L. *Mediation and Lawyers* (1982). In RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute Resolution and Lawyers*, p. 56-57.

²³ RISKIN, Leonard L. *Mediation and Lawyers* (1982). In RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute Resolution and Lawyers*, p. 56-57.

Outra questão que figura normalmente no “mapa filosófico” do advogado é a falta de valorização de elementos não materiais; há uma tendência a reduzir os interesses a quantias monetárias²⁵, o que nem sempre se configura realista.

A situação passa pela seguinte reflexão: qual resultado é apto a atender uma pessoa em crise em dada situação jurídica?

Sob a vertente jurídica, pode-se imaginar que a observância das diretrizes do ordenamento que favoreçam o cliente seja suficiente para sua satisfação. Assim, se o indivíduo, por exemplo, faz jus a receber certo montante pecuniário, o pagamento do valor deverá atendê-lo plenamente.

Ocorre, contudo, que muitas vezes a pessoa é movida não só por questões econômicas, mas por desejos e preocupações que retratam outros interesses poderosos; ao lado do bem estar econômico, muitas vezes busca-se reconhecimento, poder e segurança.

São necessidades básicas os interesses mais fortes enquadrados em diversas categorias (econômicos, emocionais, psicológicos, físicos e sociais), sendo os demais interesses os desejos e as preocupações que formam as posições negociadoras das partes²⁶.

Assim, se houve um erro médico em certo hospital, a posição dos familiares pode ser expressa na intenção de receber uma vultosa quantia indenizatória; contudo, apenas tal percepção pode não satisfazer plenamente os familiares da vítima, que querem também o reconhecimento do hospital quanto à falha e o compromisso de mudança das condições que ensejaram o evento danoso.

Como se perceber, pagar uma soma vultosa pode não ser suficiente. Da mesma forma, ainda que em certa polêmica o valor monetário envolvido seja diminuto, outros interesses podem mobilizar a busca de uma reparação; como pontua Candido Rangel Dinamarco, a experiência mostra

“que em pequenos conflitos o fator emocional é muitas vezes a causa maior das exigências exageradas ou resistências opostas com irracional obstinação pelas pessoas – e isso constitui mais uma demonstração de que na vida delas um interesse patrimonialmente pouco expressivo acaba por adquirir significado humano de grandes

²⁴ RISKIN, Leonard L. *Mediation and Lawyers* (1982). In RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute Resolution and Lawyers*, p. 56-57.

²⁵ RISKIN, Leonard L. *Mediation and Lawyers* (1982). In RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute Resolution and Lawyers*, p. 56-57.

²⁶ COOLEY, John W. *A advocacia na mediação* (Trad. René Loncan). Brasília: UnB, 2001, p. 85.

proporções²⁷”.

Esse tipo de situação pode ser abordado em um mecanismo consensual de forma mais clara e eficiente porque na mediação, além de se dar atenção aos vínculos entre as pessoas e à qualidade desses liames, o mediador deve ser sensível às necessidades emocionais dos mediandos, reconhecendo a importância do respeito mútuo e de outros interesses imateriais que podem estar presentes²⁸.

Como bem explana Jean François Six, “o mediador é um terceiro que age de tal maneira que os dois termos não somente preservam sua identidade, mas saem da mediação com a identidade reforçada, porque puderam, graças a presença do mediador, se confrontar com o outro e evitar, nessa confrontação, ser absorvidos pelo outro, em uma fusão ou uma derrota²⁹”.

É fácil perceber que a preparação para a mediação não deve ser tão intensa quanto para o litígio: deve ser ainda mais intensa³⁰. De todo modo, antes de atuar para tanto, será preciso que o advogado mostre ao cliente que o mecanismo consensual é aplicável e vale a pena.

5. Atuação do advogado para apresentar as vantagens dos meios consensuais ao cliente.

Convencido sobre ser a via consensual a mais apropriada para o enfrentamento de certas controvérsias, o advogado precisa obter a adesão do cliente ao método autocompositivo, o que nem sempre é fácil... Michal Keating Junior explica que persuadir o cliente a participar de uma mediação em questões comerciais requer tanta criatividade e flexibilidade quanto o próprio processo de mediação; por essa razão, é de grande relevância que o advogado destaque os benefícios desse método para o cliente³¹.

Eis o argumento mais poderoso em prol da mediação, especialmente no mundo dos negócios: a possibilidade de produzir soluções melhores para os problemas complexos. Ao

²⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol, III, p. 828.

²⁸ RISKIN, Leonard L. Mediation and Lawyers (1982). In RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. Dispute Resolution and Lawyers. St. Paul: West Group, 1997, p. 56.

²⁹ SIX, Jean François. *Dinâmica da Mediação*. Trad. Giselle Groeninga, Aguida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 235.

³⁰ COOLEY, John W. *A advocacia na mediação* (Trad. René Loncan). Brasília: UnB, 2001, p. 85.

³¹ KEATING JR., J. Michael. Getting Reluctant Parties to Mediate: A Guide for Advocates. In RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. Dispute Resolution and Lawyers, p. 421.

mudar o foco dos aspectos puramente legais para abordar outros interesses em jogo, a mediação responde bem aos interesses comerciais das pessoas ao promover a compreensão dos interesses negociais e buscar soluções melhores que atendem a esses interesses³².

Outro ponto positivo diz respeito à manutenção do controle (tanto substantivo quanto procedimental)³³.

Nas questões comerciais, o controle sobre o conteúdo material da solução é muito importante, já que delegar a decisão a outrem nem sempre preserva a empresa; como na mediação as partes retêm o poder de definir o resultado, elas não terão que terceirizar a solução para alguém que não entenda o contexto nem a natureza do conflito³⁴.

Também é muito relevante o controle do procedimento: a flexibilidade da mediação permite que as partes construam um rito que se amolde melhor às suas necessidades, já que elas podem ditar as características e a experiência do mediador, identificar os problemas no qual querem ajuda dele, limitar a duração do processo e ainda definir detalhes como logística e custos, dentre outros³⁵.

A situação é bem diferente nos meios adjudicatórios; tanto na resolução judicial como na arbitragem a figura do julgador tende a centralizar os trabalhos e a autonomia das partes quanto ao procedimento ou inexistente ou se verifica em um campo restrito.

Outras razões persuasivas para a utilização da mediação advêm da natureza da disputa:

a) Aspectos relacionais: se os envolvidos no conflito têm uma relação que vai perdurar além do conflito, a mediação é a alternativa mais adequada. Enquanto os meios contenciosos baseiam-se exclusivamente na demonstração de culpa e responsabilidade, a mediação não busca o culpado, mas sim soluções que atendam aos interesses das partes e preservem seu relacionamento³⁶.

Mais importante do que reconstruir o passado e apurar detalhadamente o que aconteceu para apurar quem deve responder por quanto, foca-se, na mediação, na perspectiva futura. Assim, o mediador irá trabalhar o que as pessoas envolvidas querem e/ou precisam vivenciar juntas nas próximas ocorrências.

Sob o aspecto preventivo, aliás, merece destaque o valor prudência; incumbe ao mediador, no desempenho de suas funções, “saber prever o melhor possível, o que vai

³² KEATING JR., J. Michael. Getting Reluctant Parties to Mediate: A Guide for Advocates, p. 423.

³³ KEATING JR., J. Michael. Getting Reluctant Parties to Mediate: A Guide for Advocates, p. 421-422.

³⁴ KEATING JR., J. Michael. Getting Reluctant Parties to Mediate: A Guide for Advocates, p. 421-422.

³⁵ KEATING JR., J. Michael. Getting Reluctant Parties to Mediate: A Guide for Advocates, p. 422.

³⁶ KEATING JR., J. Michael. Getting Reluctant Parties to Mediate: A Guide for Advocates, p. 423.

engendrar uma nova ação, as consequências que se seguirão³⁷”. A perspectiva de futuro, como mencionado, é valiosa e será abordada na mediação.

b) Imperativo de tempo: conflitos que envolvem dano contínuo aos negócios e não tem perspectiva de uma solução rápida são muito adequados à mediação. Os advogados normalmente ponderam os males da litigância com base em um raciocínio de custos transacionais; contudo, o dano aos interesses do cliente no tempo deve ser levado em consideração por ser esta uma das principais preocupações dos homens de negócios³⁸.

O litígio tem custos diretos (pelos gastos que sua manutenção engendra) e indiretos (pela perda de negócios que enseja). O fato de a abordagem consensual ser rápida reduz danos; afinal, se as sessões (de mediação ou conciliação) durarem algumas semanas, já será possível perceber se há ou não diálogo restaurado e quais as condições para continuar (seja dialogando, seja pedindo a intervenção de um julgador).

c) contenção de danos à imagem da empresa: muitas vezes as empresas querem ir à mediação para acabar com a má reputação que uma longa ação judicial tem trazido. Apesar de a literatura enfatizar a possibilidade de “ganha-ganha” da mediação, algumas vezes as soluções “perde menos-perde menos” minimizam o impacto já causado por conflitos atuais; muitos clientes sabem que, proposta a ação judicial, muito já se perdeu e qualquer meio de “limpar a bagunça” envolverá esforço para simplesmente manter as perdas em um nível aceitável³⁹.

Como se percebe, existe uma mudança de paradigma nos meios consensuais à qual o advogado e os envolvidos no conflito devem se adaptar. É necessário compreender o modelo coexistencial inerente aos meios consensuais; a postura belicosa, tão cara à solução adjudicatória, pode significar o fim do processo produtivo em que o diálogo cooperativo pode resultar em ganhos para todos os participantes⁴⁰.

Se as partes se dispuserem, com boa fé, a irem à mediação, o mediador irá trabalhar as premissas da mediação e haverá chances de evoluir a partir de sua observância.

Definida (por vezes conquistada!) a ida à mediação, como atuará o advogado? O tema merece análise mais detida.

³⁷ SIX, Jean François. *Dinâmica da Mediação*. Trad. Giselle Groeninga, Aguida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 247.

³⁸ KEATING JR., J. Michael. *Getting Reluctant Parties to Mediate: A Guide for Advocates*, p. 423.

³⁹ KEATING JR., J. Michael. *Getting Reluctant Parties to Mediate: A Guide for Advocates*, p. 423.

⁴⁰ AZEVEDO, André Gomma de; SILVA, Cyntia Cristina de Carvalho e. Autocomposição, processos construtivos e a advocacia: breves comentários sobre a atuação de advogados em processos autocompositivos. *Revista do Advogado*, ano 26, n. 87, p. 115-124, set./2006, p. 119.

6. Atuação do advogado nos meios consensuais.

A vantagem de contar com um advogado é sentida não só no início de abordagem da controvérsia mas durante todo o desenvolvimento do meio de composição de conflitos, esteja a discussão sendo travada segundo a índole antagônica ou sendo abordada em um perfil consensual.

6.1. Atuação antes da sessão consensual.

Um passo importantíssimo para o advogado é preparar o caso para mediação; esta preparação difere da lógica da preparação da ação judicial porque não se jogará o “jogo do julgamento”, mas sim o “jogo da mediação”⁴¹. Neste, não se busca sustentar as posições jurídicas por meio de alegações baseadas em teorias do Direito; pelo contrário, as posições jurídicas ficam em segundo plano e, ao serem evocadas, ficam restritas ao plano especulativo, pois a intenção na mediação não é ter as posições jurídicas declaradas como válidas ou inválidas por um terceiro⁴².

Como se percebe, a preparação adequada do advogado para uma negociação exige que ele saiba quais são os fatos relevantes, qual o direito aplicável e quais são os interesses do cliente⁴³.

Para uma boa atuação, é relevante conversar abertamente com o cliente de maneira a identificar seus reais interesses e traduzi-los em propostas de eventuais soluções com vistas a explorar as possibilidades de ganhos mútuos⁴⁴.

Para tanto, o advogado deverá analisar junto ao cliente quais são a melhor e a pior alternativa para uma solução negociada⁴⁵. Ter em mente os pisos máximo e mínimo sem dúvida irá colaborar para que as tratativas sejam produtivas.

Será também útil buscar prever quais opções tenderão a ser consideradas pela outra

⁴¹ COOLEY, John W. *A advocacia na mediação* (Trad. René Loncan), p. 80.

⁴² COOLEY, John W. *A advocacia na mediação* (Trad. René Loncan), p. 80.

⁴³ HIGHTON DE NOLASCO, Elena I. ALVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008, p. 405.

⁴⁴ AZEVEDO, André Gomma de; SILVA, Cyntia Cristina de Carvalho e. Autocomposição, processos construtivos e a advocacia: breves comentários sobre a atuação de advogados em processos autocompositivos. *Revista do Advogado*, p. 120.

⁴⁵ ARNOLD, Tom. 20 Common Errors in Mediation Advocacy, p. 438.

parte; para tanto, sugere-se um *brainstorm* sobre as motivações e percepções dela⁴⁶ porque a análise mais produtiva passa pela identificação das necessidades e interesses básicos de todos os envolvidos⁴⁷.

A análise previa e apurada tem significativa relevância porque a compreensão equivocada das alternativas dos envolvidos poderá obstruir soluções ou originar maus acordos⁴⁸.

Com a mudança de paradigma e a incorporação dos meios consensuais no dia a dia do advogado, uma preocupação diz respeito ao empoderamento do cliente: ele deve ter sido educado por seu advogado nas técnicas de negociação e mediação a fim de poder, assessorado pelo advogado mas também dispondo de autonomia, atuar da melhor forma possível na abordagem consensual do conflito⁴⁹.

Trabalhados os aspectos relativos ao mérito, será importante, antes da sessão consensual, que o advogado instrua seu cliente sobre o procedimento, buscando antecipar perguntas que poderão ser feitas e explicar que o foco será a outra pessoa e não o mediador⁵⁰.

É ainda recomendável que o advogado prepare o cliente para ser abordado pelo mediador e pela outra parte; é importante repassar com ele perguntas essenciais de modo a que ele saiba dizer o que sente e porque sente, se é ou não responsável, se os danos que causou são ou não grandes⁵¹...

Na literatura americana consta ainda a advertência de que o advogado deve estimular que seu cliente seja empático com a outra parte⁵². Não há dúvidas de que tentar colocar-se no lugar do outro é conduta muito produtiva e valiosa para que a animosidade ceda espaço a posturas colaborativas.

6.2. Atuação durante a sessão consensual.

Definida a realização de reuniões para a promoção da comunicação pelo conciliador

⁴⁶ ARNOLD, Tom. 20 Common Errors in Mediation Advocacy, p. 440.

⁴⁷ COOLEY, John W. *A advocacia na mediação* (Trad. René Loncan), p. 80.

⁴⁸ ARNOLD, Tom. 20 Common Errors in Mediation Advocacy, p. 438.

⁴⁹ AZEVEDO, André Gomma de; SILVA, Cyntia Cristina de Carvalho e. Autocomposição, processos construtivos e a advocacia: breves comentários sobre a atuação de advogados em processos autocompositivos, p. 121.

⁵⁰ ARNOLD, Tom. 20 Common Errors in Mediation Advocacy, p. 437.

⁵¹ ARNOLD, Tom. 20 Common Errors in Mediation Advocacy, p. 439.

⁵² ARNOLD, Tom. 20 Common Errors in Mediation Advocacy, p. 439.

ou mediador, os participantes, se desejarem, poderão⁵³ a elas comparecer acompanhados por seus advogados a fim de que estes venham a esclarecer dúvidas ou indicar “encaminhamentos legais para preocupações e questionamentos que por ventura ocorram na mediação⁵⁴”.

Em uma negociação (entabulada diretamente entre os envolvidos ou facilitada por um terceiro imparcial) o advogado, ao fornecer informações especiais e disponibilizar meios eficientes, pode colaborar para que o cliente tome decisões esclarecidas e aja com eficiência⁵⁵.

Juliana Demarchi ressalta o essencial papel dos advogados na sessão de conciliação: eles têm a missão de orientar juridicamente as partes e auxiliá-las na adequada compreensão dos interesses em debate e nas consequências de eventual acordo⁵⁶.

Também a criatividade e a experiência profissional são bem-vindas na busca de caminhos alternativos para a criação de boas soluções; afinal, muitas vezes, o advogado pode enxergar pontos que as partes não conseguem ver⁵⁷.

Merece destaque, nessa situação, um ponto interessante a respeito dos meios consensuais: dada a sua informalidade (no sentido de não haver procedimento pré-fixado e rigoroso na mediação e na conciliação), as habilidades das partes, dos advogados e do mediador são intrínsecas ao processo⁵⁸. Como não há detalhamento legal quanto ao trâmite do procedimento, o “como fazer” é construído a partir das habilidades dos envolvidos.

Nessa seara, a personalidade do cliente deve ser levada em conta. Se os executivos que representam as partes são agressivos e arrogantes, sua postura errada pode ser fatal para a mediação; afinal, os melhores construtores de consenso mostram criatividade e tolerância, habilidades que ajudam muito a solucionar disputas⁵⁹.

Da mesma forma devem os advogados ser sensíveis, flexíveis e dispostos a uma boa

⁵³ A temática enseja alguma polemica nas demandas familiares porque muitos temas da intimidade encontram dificuldades para serem expostos diante de variadas pessoas; por isso, em alguns modelos de aplicação de mediação os advogados participam não de todas mas de algumas sessões (na primeira e na última, por exemplo).

⁵⁴ BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In *Mediação e gerenciamento do processo*. SP: Atlas, 2007, p. 68.

⁵⁵ MNOOKIN, Roberto. PEPPET, Scott R. TULUMELLO, Andrew. *Mais que vencer: negociando para criar valor em negócios e disputas*. Trad.: Mauro Gama. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009, p. 21.

⁵⁶ DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e mediação. In *Mediação e gerenciamento do processo*. SP: Atlas, 2007, p. 56.

⁵⁷ AZEVEDO, André Gomma de; SILVA, Cyntia Cristina de Carvalho e. Autocomposição, processos construtivos e a advocacia: breves comentários sobre a atuação de advogados em processos autocompositivos. *Revista do Advogado*, p. 120.

⁵⁸ AZEVEDO, André Gomma de; SILVA, Cyntia Cristina de Carvalho e. Autocomposição, processos construtivos e a advocacia: breves comentários sobre a atuação de advogados em processos autocompositivos, p. 119.

⁵⁹ ARNOLD, Tom. 20 Common Errors in Mediation Advocacy. In RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute Resolution and Lawyers*. St. Paul: West Group, 1997, p. 436.

preparação; como esta traz melhores soluções, o advogado que não se preparou pode ser inapropriado para a mediação⁶⁰.

Se as pessoas têm perfis complicados mas se dispõem a comparecer à sessão consensual, após a explanação pelo mediador sobre as pautas de comunicação será perceptível se haverá uma adaptação viabilizadora da comunicação produtiva. É possível que haja aderência aos princípios e regras apresentados a permitir que o mecanismo consensual evolua; caso isto não se verifique, faltando disposição e boa fé, o meio encontrará um limite e poderá findar.

Se alcançado o consenso e entabulado um acordo, a atuação técnica do advogado será muito importante para a oficialização de seus termos. Como bem pontua Juliana Demarchi, "o acordo deve ser redigido em conjunto pelas partes, seus advogados e o mediador/conciliador para que reflita da forma mais clara e completa aquilo que foi combinado"; assim, "para que o acordo tenha, de fato, a mesma força vinculante que a sentença, sua redação deve ser clara para evitar divergências na interpretação de suas cláusulas⁶¹".

7. Percepção de honorários pelos advogados nos meios consensuais.

Contar com varias possibilidades de atender o cliente é algo que revela não só a versatilidade do advogado como também propicia a maior chance de satisfação do destinatário de sua atuação, ensejando a fidelização e a valorização da atividade advocatícia.

Há, porém, resistências. Leonard Riskin e James Westbrook apontam haver um medo generalizado de que o advogado vá ganhar menos dinheiro ou perder o controle ao se envolver nos métodos alternativos, lembrando que muitos entendem que o papel primário do causídico é mesmo o de *advocate* (atuar como advogado litigante)⁶².

⁶⁰ ARNOLD, Tom. 20 Common Errors in Mediation Advocacy. In RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. Dispute Resolution and Lawyers. St. Paul: West Group, 1997, p. 437.

⁶¹ DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e mediação. In Mediação e gerenciamento do processo. SP: Atlas, 2007, p. 61.

⁶² RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute Resolution and Lawyers*. St. Paul: West Group, 1997, p. 52-53. Se buscarmos o vocábulo *advocate* no dicionário, encontramos como acepções "patrono", "defensor (perante a justiça)", "protetor", "advogado", "advogar", "defender" (*Advocate*. Dicionário Michaelis. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/moderno/ingles/index.php?lingua=ingles-portugues&palavra=advocate>. Acesso 17 set. 2012).

O medo, porém, não se justifica; certamente o advogado adaptado às demandas dos tempos atuais se posicionará melhor em um ambiente de alta competitividade profissional⁶³.

Sob o ponto de vista imaterial, portanto, o advogado pode ganhar em reputação e em lealdade ao conquistar o cliente mostrando sua eficiência e versatilidade no encaminhamento das controvérsias e proporcionando-lhe resultados satisfatórios em diversas searas.

No que tange ao ganhos econômicos, também é possível prosperar. O profissional atualizado e focado em meios diferenciados deve, porém, repensar a forma de cobrar os honorários advocatícios.

Muitos advogados combinam a percepção de valores por atos processuais praticados e acabam apenas se referenciando a elementos inerentes a métodos adjudicatórios. Nos meios consensuais, o padrão de remunerar o advogado a partir das fases do processo contencioso não terá utilidade.

A cobrança segundo a lógica contenciosa acaba tornando o advogado focado na extensão do litígio, de onde poderá extrair ganhos conforme o ampliado desenrolar do tramite processual.

Segundo Neil Andrews, "o método de cobrança de honorários por hora fornece incentivo econômico para advogados aumentarem a intensidade e complexidade dos processos⁶⁴".

O advogado que atua nos meios consensuais desempenhará atividades de consulta, orientação e acompanhamento; ele se comunicará algumas vezes com o cliente antes das sessões consensuais e é possível que após algumas reuniões já seja possível divisar resultados.

A percepção imediata e célere dos honorários por sua remuneração na preparação e no assessoramento durante as sessões consensuais por certo atende a interesses econômicos dos advogados. Além disso, a cobrança pode ser diversa quando da atuação técnica para tornar o acordo um título executivo (extrajudicial ou mesmo judicial).

Em menos tempo e com atividades mais interessantes poderão o advogado e seu cliente aferir ganhos em todos os sentidos a partir de uma produtiva abordagem consensual das controvérsias.

⁶³ HIGHTON DE NOLASCO, Elena I. ALVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008, p. 404.

⁶⁴ ANDREWS, Neil, *O Moderno Processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. SP: RT, 2010, p. 245.

8. Conclusões.

Vive-se uma época de forte crise nas instituições e nas formas tradicionais de lidar com os conflitos na seara jurídica.

A Resolução 125 do CNJ propugna a ampliação do uso dos meios consensuais na seara judicial e demanda a preparação dos advogados para bem desempenharem sua missão de gestores de conflitos.

Embora originalmente treinado para o esquema litigioso, o advogado pode incrementar produtivamente o leque de sua atuação. Ampliar as possibilidades de enfrentamento das controvérsias auxilia o advogado a contar com diferenciadas estratégias para atender melhor os interesses de seus clientes.

Conhecer e difundir a prática dos meios consensuais é de suma importância porque a conscientização do advogado sobre os benefícios de tais mecanismos é crucial para a evolução da utilização desses métodos e para que estes possam produzir resultados benéficos no tecido social.

Também as pessoas envolvidas nos conflitos merecem ser comunicadas sobre as vantagens decorrentes de uma abordagem não beligerante, dentre as quais se destacam a valorização da autonomia, a celeridade, a possível manutenção do relacionamento em bases melhores, o controle do procedimento, a economia de recursos e a sustentação de uma boa reputação.

A atuação eficiente nos meios consensuais exige a preparação do advogado e das pessoas envolvidas para que a comunicação flua de forma produtiva rumo ao encontro dos interesses subjacentes às posições externadas.

O advogado deve preparar seu cliente para as sessões consensuais, assim como atuar, nas sessões de conciliação e mediação, para orientá-lo na presença do terceiro imparcial. Incumbe-lhe ainda preparar o acordo porventura entabulado em termos técnicos, podendo torná-lo um título executivo judicial ou extrajudicial.

A atuação do advogado, essencial assessor técnico, pode e deve ser ampla, merecendo ser valorizada proporcionalmente ao ganho de tempo e de vantagens para o cliente; isso repercute não só em valores como a credibilidade e a fidelização, mas também em ganhos materiais que podem ser percebidos celeremente pelo advogado.

A conscientização promovida pelos meios consensuais favorece a inclusão social, a

empatia e a razoabilidade no enfrentamento das controvérsias, “oxigenando” a abordagem das controvérsias com novas pautas e ideias em prol de melhores resultados.

9. Referências bibliográficas.

ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: RT, 2010.

AZEVEDO, André Gomma de; SILVA, Cyntia Cristina de Carvalho. Autocomposição, processos construtivos e a advocacia: breves comentários sobre a atuação de advogados em processos autocompositivos. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXVI, v. 26, n. 87, p. 115-124, set. 2006.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Advocacia em tempos de crise. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235067095174218181901.pdf>. Acesso 18 out. 2012.

BARBOSA, Águida Arruda. Prática da mediação: ética profissional. In: Família e dignidade humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. 2006, p. 55-67.

BORDONE, Robert C. MOFFITT, Michael L. e SANDER, Frank E. A. The next thirty years: directions and challenges in dispute resolution. In MOFFITT, Michael L. e BORDONE, Robert C. *The handbook of dispute resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 507-517.

DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e mediação. In *Mediação e gerenciamento do processo*. SP: Atlas, 2007.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol, III. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FARIA, José Eduardo. Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil. Disponível em <http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>. Acesso 18 out. 2012.

HIGHTON DE NOLASCO, Elena I. ALVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008.

KEATING JR., J. Michael. Getting Reluctant Parties to Mediate: A Guide for Advocates. In RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute Resolution and*

Lawyers. St. Paul: West Group, 1997, p. 421-427.

LEMES, Selma Ferreira. Oito anos da lei de arbitragem. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29753-29769-1-PB.pdf>. Acesso 23 out. 2012.

MNOOKIN, Roberto. PEPPET, Scott R. TULUMELLO, Andrew. *Mais que vencer: negociando para criar valor em negócios e disputas*. Trad.: Mauro Gama. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009.

RISKIN, Leonard L. Mediation and Lawyers (1982). In RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute Resolution and Lawyers*. St. Paul: West Group, 1997, p. 55-60; 72-75.

SIX, Jean François. *Dinâmica da Mediação*. Trad. Giselle Groeninga, Aguida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TARTUCE, Fernanda. Conciliação e Poder Judiciário. Disponível em http://fernandatartuce.com.br/artigos/cat_view/38-artigos/43-artigos-da-professora.html?start=10. Acesso 22 out. 2012.

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

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In *Mediação e gerenciamento do processo*. SP, Atlas, 2007.

Como citar este artigo: TARTUCE, Fernanda. Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos. In: João José Custódio da Silveira; José Roberto Neves Amorim. (Org.). *A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça*. 1ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, v. 1, p. 125-146. Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em (data).