



NEGOTIATING BEFORE MEDIATING

NEGOCIAR ANTES DE MEDIAR

Andrea Maia e Juliana Loss de Andrade*

A entrada em vigor de um novo Código de Processo Civil despertou atenção e receio dos profissionais que lidam com a sistemática jurisdicional de resolução de conflitos. Uma das novidades no ordenamento é o prestígio conferido aos mecanismos de base consensual, como a conciliação e a mediação, em verdadeira ascendência de um ideal de tribunal com múltiplas portas para solução das disputas. Diante de tais exigências, entre advogados foram levantados muitos receios, até mesmo em razão da própria desconfiança ante o desconhecido. Nessa linha, há até publicações que orientam estratégias processuais para “escapar” desses mecanismos.

Assim, ainda que o avanço crescente de tais métodos seja uma tendência mundial, especialmente em âmbito de na-

The coming into force of the new Civil Code of Procedure called the attention and ignited the concern of professionals dealing with conflict resolution procedural mechanisms. One of the novelties in the legal text is the distinction afforded the basic consensual mechanisms such as conciliation and mediation, viewed as a true elevation of a court ideal of multi-alternatives for conflict resolution. In light of such requirements, an array of concerns arose among attorneys, even because of the distrust caused by the unknown. In tune with such considerations, there are even publications recommending procedural methods to avoid using such mechanisms.

Therefore, although the acceptance of such methods is a worldwide trend, particularly when applied to civil



tureza cível e empresarial, boa parte dos advogados ainda se mostra resistente a sua utilização. Essa resistência aparece muitas vezes de forma velada, com profissionais afirmando o prestígio do método em contraste com uma prática extremamente adversarial, em que o principal, senão único objetivo, é a vitória em uma batalha processual. Em outras palavras, não é difícil ouvir: “Sou totalmente a favor do acordo” e na sequência verificar que o mesmo profissional que o diz não está preparado para trabalhar na construção de soluções criativas, o que exige bastante empenho e abertura em relação às posições iniciais. Não basta ser “a favor do acordo” ou “não ter nada contra a mediação”, é preciso trabalhar para que bons resultados sejam alcançados, da mesma forma como se trabalha no processo judicial: essa conduta demanda preparo e persistência.

or commercial cases, a considerable number of attorneys resist their use. Such resistance is often camouflaged, with professionals praising the method when comparing it to the extremely adversarial practice, in which the main, or even the sole objective is victory in a procedural battle. In other words, it is not difficult to hear “I am totally in favor of the agreement” and subsequently notice that very same professional say he/she is not prepared to work in building creative solutions, which require much effort and open-mindedness in contrast with one’s initial stances. It does not suffice to “be in favor of the agreement” or “to have nothing against mediation”, one must actually work to achieve good results, in the same way this is done when following court cases: such conduct requires preparation and persistence.

Desafios a enfrentar

Naturalmente, o receio inicial decorre de diversos aspectos culturais, como a formação jurídica limitada ao estudo normativo, a própria visão dos contratantes de que o bom advogado deve ser um “gladiador” e, especialmente, a falta de acesso à formação e informação sobre a conduta do representante em um processo orientado pelo consenso e pela satisfação de interesses. Se, na esfera empresarial, executivos e empresários, independentemente de seus perfis, estão acostumados a negociar e a encontrar saídas a barreiras em negócios, no mundo jurídico, seus advogados possuem, em regra, poucos instrumentos de negociação e pouco sabem sobre como atuar em processos autocompositivos como a mediação.

Como desafio diante dessa nova forma de resolver conflitos, o desconhecimento do instituto e a atuação exclusivamente jurídica não são os únicos óbices a bons resultados. Entre as tensões existentes em uma negociação trabalhada com excelência por Mnookin, Peppet e Tulumello (leia nota), uma delas abarca justamente a relação representante-representado, aqui especificamente observada a relação advogado-cliente. De um lado, um bom representante pode ajudar bastante no alcance de bons acordos negociados. Por outro, é preciso ter consciência da possibilidade de existência de interesses conflitantes ou mesmo da ausência de estímulos para que expectativas e interesses de diferentes atores sejam supridos.

Portanto, além de consciência de eventuais conflitos, alguns mecanismos podem ser pensados para que interesses estejam alinhados, o que requer uma reflexão, transparente e prévia, sobre a estrutura da relação advogado-cliente nesses processos. E esses estímulos não se limitam à remuneração dos envolvidos, mas também tocam a forma como estratégias e informações são conduzidas. Em um exemplo claro, é fácil imaginar que um advogado que recebe valores mensais para a administração de um processo judicial e não tem expectativa alguma de receber algo a mais por um acordo esteja pouco engajado em encorajar uma solução negociada, ainda que nada se revele e que isso seja quase mantido como uma reserva mental.

Realidade do negócio

Não é difícil notar na prática a ausência de comunicação entre advogados e clientes sobre esses pontos



***Juliana Loss de Andrade: advogada, mediadora, professora e representante do Comitê de Mediação da International Bar Association (IBA) para o Brasil**

Juliana Loss de Andrade – attorney, mediator, professor and representative of the Mediation Committee of the International Bar Association – IBA in Brazil

Challenges to face

Naturally, such initial concern results from various cultural aspects, such as a legal education restricted to normative learning, the actual viewpoint of legal contenders that a good attorney must be like a “gladiator” and, particularly, the lack of training and of access to information about how a representative should act in a case focused on consensus and on satisfying interests. If, in the world of business, executives and entrepreneurs, regardless of their profiles, are accustomed to negotiating and to finding ways out from business barriers, in the legal world their attorneys generally have few negotiation instruments and know little about how to perform in self-compositional cases such as mediation.

The challenge of this new way to resolve conflicts is not only the unfamiliarity with the concept and the exclusive legal way of proceeding. There are other obstacles to achieving good results. Among the tensions prevailing in a negotiation and excellently handled by Mnookin, Peppet



***Andrea Maia: advogada, mediadora, vice-presidente do Comitê de Mediação da IBA e membro da Comissão de Mediação do CAM-CCBC**

Andrea Maia, attorney, mediator, vice-president of the Mediation Committee of the IBA and a member of CAM-CCBC's Mediation Committee

e tantos outros, o que implica desafios à mediação. O advogado bem preparado em um processo consensual não implica um trabalho de menor quilate do que aquele empregado em demandas processuais.

Além disso, há outras questões que envolvem advogados e clientes em processos negociais, como a ausência de conhecimento do advogado sobre a realidade do negócio de seu cliente e sobre custos indiretos que derivam da manutenção do conflito em beligerância judicial ou arbitral. Ilustrativamente, o tempo de paralisação de uma obra pode representar um custo muito maior do que um não acordo, independentemente da adequação normativa ou da razão que uma ou outra parte tenha.

A depender de preparo profissional e relacional, um bom advogado pode servir de elo ou obstáculo a soluções mediadas. Sua função é valiosa. Lembre-se, porém, de que é preciso negociar antes de negociar. Assim como é preciso negociar antes de mediar. ■

and Tulumello (see note), one of them specifically covers the relationship representative-represented party, which herein is precisely the relationship attorney-client. On the one hand, a good representative can help a lot to achieve good negotiated agreements, while on the other hand bearing in mind the possible existence of conflicting interests or even the lack of incentives to meet expectations and interests of the various protagonists involved.

Therefore, besides the awareness of possible conflicts, some mechanisms may be considered to align interests, requiring the prior and transparent thought about the structure of the attorney-client relationship in such cases. Such incentives are not limited to the financial compensation of the parties involved, but they also affect the way strategies and information are conveyed. In a clear example, one can easily imagine that an attorney who receives monthly amounts to handle a legal suit, without any expectation as to receiving any other additional amount if an agreement results, he/she will not be motivated to find a negotiated solution, even if nothing is disclosed and if this is all kept in the back of his/her mind.

The reality in business

In practice, it is not difficult to notice the lack of communication between attorneys and clients on such topics, and on so many others, resulting in challenges to mediation. An attorney well-prepared to handle a consensual case does not render work of less value in comparison with the work performed in court cases.

Furthermore, there are other issues involving attorneys and clients in negotiated cases, such as the attorney's lack of knowledge about his/her client's business, and about the indirect costs resulting from upholding the conflict in court or arbitral litigation. For instance, the time of idleness of a given case may represent a higher cost than that of a non-agreement, regardless of any normative compliance or the right one or the other party may believe to have.

Depending on professional and relational abilities, a good attorney may serve as a bridge or an obstacle to negotiated solutions. His/her role is valuable. However, one should not forget that one must negotiate before negotiating, and one should negotiate before mediating. ■