

A atividade de advogados como mediadores é advocatícia?

No uso da sua competência de regulamentar, em 10/2/2020, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) editou o Provimento 196/2020 em que reconheceu como atividades advocatícias as atuações de advogados como conciliadores, mediadores e árbitros.

Considerando que o acesso à justiça, consagrado como direito e garantia fundamental pelo art. 5º. XXXV da Constituição Federal, não se realiza exclusivamente por meio do acesso ao Poder Judiciário, o Provimento 196/2020 vem em boa hora. Os relatórios anuais do Conselho Nacional de Justiça desnudam impotência do Estado-juiz para atender a todos casos que lhe são submetidos com celeridade, sem mencionar as demandas represada e os conflitos sociais latentes. A crise social e econômica, agudizada pela pandemia de Covid-19, torna ainda mais premente a oferta de métodos alternativos à jurisdição estatal para que os titulares reivindiquem seus direitos e solucionem seus litígios.

Para assegurar de forma efetiva a salvaguarda e a promoção dos direitos e garantias fundamentais é essencial que o acesso à justiça seja compreendido de forma ampla, incluindo todo e qualquer meio utilizado para a gestão e solução de conflitos. Assim tem-se assistido a um crescente incremento das políticas-públicas que incentivam a adoção de métodos não jurisdicionais para a resolução das disputas. Para os colocar em marcha, todavia, é essencial contar com profissionais habilitados no manejo de seus métodos e técnicas, e neste aspecto os advogados têm muito a contribuir. O real convencimento dos cidadãos a respeito das virtudes dos métodos não jurisdicionais vem de suas experiências positivas.

O Provimento 196/2020 do Conselho Federal da OAB trouxe um valioso aporte, ao reconhecer que a atividade do advogado mediador é qualificada como exercício profissional, protegido pelas prerrogativas da advocacia e submetido ao Código de Ética e Disciplina. Isto porque a formação jurídica aquilatada pela inscrição nos quadros da OAB, cujo rigoroso crivo de ingresso atesta qualificação, conhecimento e idoneidade moral, bem como a vinculação a um criterioso Código de Ética e Disciplina, distingue advogados de bacharéis em direito e outros profissionais.

As funções exercidas pelo mediador não se confundem com sua profissão de origem. Em rigor, os mediadores não necessitam ter especial conhecimento ou formação na matéria de fundo da controvérsia, uma vez que não atuarão deliberando ou impondo soluções. Nos termos da Lei 13.014/15, a mediação extrajudicial pode ser conduzida por qualquer pessoa capaz e habilitada para a dinâmica da mediação. Já o mediador judicial, além da capacidade civil precisa graduação em nível superior há pelo menos dois anos e certificação oficial de capacitação. Assim, a escolha do mediador é regida pela ideia de plena liberdade das partes, dentro de um universo de pessoas aptas a conduzir o iter da mediação, sem que haja previsão quanto à sua formação de base ou origem profissional.

Observa-se, no entanto, que na prática, a eleição dos mediadores leva em conta a formação e experiência profissional na matéria de fundo. A expertise dos mediadores é um atrativo no momento de sua seleção porque, no mais das vezes, as negociações fogem aos argumentos puramente socioeconômicos, esbarrando em questões de alto conteúdo técnico ou peculiaridades típicas de certos ramos de atividade, ou ainda, estão ligadas a contextos relacionais próprios.

A competência de um mediador familiarizado com o objeto da disputa acaba por facilitar a empatia com os participantes e, em geral, auxilia em sua legitimação perante os mesmos. A condução do procedimento por quem domina a terminologia empregada no contexto em que se insere a disputa, que compreende a dinâmica de determinada indústria ou setor ou que conhece a legislação, doutrina e jurisprudência aplicáveis ao caso gera confiança e credibilidade em sua atuação. O mediador especialista agrega vantagens porque sua expertise facilita a formulação de perguntas na fase investigativa e a compreensão do que trazem as partes à sua presença. Assim ela angaria subsídios para a condução de etapas importantes da mediação como a criação de opções e aplicação de filtros para que as partes possam avaliar as soluções possíveis e realizar suas escolhas.

Em certos espaços, em especial aqueles com marcos regulatórios rígidos, a exemplo de questões envolvendo o poder público, propriedade industrial, energia e telecomunicações, relações familiares e consumeristas, a especialização do mediador nos aspectos técnico-jurídicos parece ser indispensável, sob pena de se comprometer todo o procedimento e até o eventual acordo que dele resulte. Nestes casos é mais forte o apelo do *bargain in the shadows of law*, vale dizer, da necessidade de negociar considerando o impacto que a lei, os precedentes e as regras procedimentais protetivas como molduras que delimitam a esfera de autocomposição privada dos interesses das partes.

É, pois, recomendável que o princípio de liberdade de escolha do mediador faça concessões à importância a ser dada à especialização do mediador na matéria de fundo, inclusive em sua regulação legal. A mediação consiste, por definição, em um método voluntário de autocomposição de conflitos facilitada pela intervenção do mediador. Como o conflito é a matéria prima da mediação, não é menor, embora não essencial, a contribuição do advogado nos processos resolutivos, seja na posição de condutor da dinâmica, seja na posição de assistente das partes envolvidas. Resolver as disputas privadamente por meio de métodos autocompositivos não significa poder furtar-se ao cumprimento da legislação de regência da matéria de fundo ou dos princípios gerais de direito.

Via de regra, o advogado mediador tem muito a agregar ao processo porque detentor dos conhecimentos técnicos e científicos exigidos para o bom desempenho das funções uma vez que integram o know-how e são próprios, ainda que não exclusivos, da advocacia.

O provimento 196/2020 CFOAB vem para cancelar a percepção de que o advogado é um especialista no trato de pretensões resistidas, reafirmando e explicitando a noção de que ao atuar como mediador, o advogado continua a ser advogado, assim como, o médico mediador, continua a ser médico, o psicólogo mediador continua a ser psicólogo, o engenheiro mediador continua a ser engenheiro e o pastor mediador continua a ser pastor. Mais, a profissão do mediador, é muitas vezes decisiva no aparelhamento da escolha de seu nome.

A prática simultânea de atividades diversas pela mesma pessoa tem levantado várias questões polêmicas. Há quem sustente que advogados nominados como conciliadores, mediadores ou árbitros serão profissionais despidos do exercício de seu grau, mas não há como coadunar com esta equivocada opinião. O advogado, enquanto inscrito na OAB, nunca abdica de seu status profissional, não importando qual atividade exerça, estando inelutavelmente protegido por suas prerrogativas e vinculado ao seu compromisso ético-disciplinar. Os inscritos na OAB devem sempre pautar sua conduta com lastro

no Estatuto da Advocacia que lhes é vinculante. Ao atuar nessas atividades de conciliador, mediador ou árbitro, fazem-no na condição de advogado investido de seu grau tal como quando representam os clientes em processos judiciais ou prestam assessoria jurídica.

Como exaustivamente relatado por Egon Moreira e Elisa Cruz, a edição do Provimento 196/2020 CFOAB foi uma resposta à sede arrecadatória do fisco. Os órgãos fazendários têm buscado desqualificar a atividade do conciliador, mediador ou árbitro como prática profissional técnica da advocacia para tributá-la como prestação de serviço de pessoa física autônoma ao invés de tributá-la como atividade de advogado pessoa física ou de sociedade de advogados, que o advogado integre como sócio.

Todavia o Provimento 196/2020 CFOAB, cujo caráter é declaratório- interpretativo, tem um alcance muito mais amplificado. Ao esclarecer que a atividade do advogado mediador, conciliador ou árbitro configura exercício da advocacia para todos os fins, deixa indene de dúvidas que estas atuações profissionais não são estranhas à advocacia e, portanto, não desnaturam a prática profissional disciplinada pela OAB.

Assim, os inscritos na OAB ao atuar em qualquer das funções elencadas no Provimento 196/2020, que lhes é vinculante, o fazem na condição de advogado em pleno gozo de suas prerrogativas. Por exemplo, lhes é facultado sediar sessões de mediação ou audiências de arbitragem ad hoc nas dependências de seus escritórios. Nestas situações os advogados mediadores garantem a confidencialidade e sigilo aos atos, amplificada pela inviolabilidade dos escritórios e locais de trabalho, que é legalmente consagrada como direito do advogado pelo artigo 7º, II da lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia). As funções de consultor, procurador, árbitro, conciliador, mediador e parecerista são compatíveis entre si e podem coabitar em harmonia neste mesmo espaço inviolável de exercício profissional.

Além disso, para o bom desempenho das funções nominadas pelo Provimento 196/2020 CFOAB, as habilidades inerentes à advocacia são vantajosas, ainda que não essenciais. Mas quando a conciliação, a mediação e a arbitragem são conduzidas por advogados, agregam-se atributos próprios e exclusivos da advocacia. Isso parece ter reflexos, por exemplo, para fins da comprovação de atividade jurídica em concursos públicos para carreiras jurídicas. Veja-se que, para satisfação das exigências feitas pela Constituição Federal em seu o artigo 93, I, para ingresso na magistratura e em seu o artigo 129, § 3º para carreira do Ministério Público, as atuações de conciliador, mediador ou árbitro advogados devem ser enquadradas como de efetivo exercício de advocacia. Diferentemente, quando estas mesmas atividades forem desempenhadas por não advogado, devem atender a outros quesitos, como habitualidade ou prática reiterada no âmbito de unidades do Poder Judiciário, para que possam configurar atividade jurídica.

Para além do equacionamento da questão tributária que o motivou, o Provimento 196/2020 CFOAB agregou outros bônus, propiciando ganhos mútuos aos envolvidos. As partes ganham porque podem utilizar a inscrição na OAB como parâmetro de escolha dos profissionais e, também, porque podem contar com a inviolabilidade dos escritórios e da correspondência garantidos aos advogados pelo artigo 7º. do Estatuto da OAB quando as mediações ad hoc acontecerem nestes espaços. Os advogados ganham porque se consolida um novo e promissor campo de trabalho profissional. Ganha a própria OAB porque oferece seus quadros para o exercício de atividades de conciliador, mediador e árbitro contribuindo para a concretização da missão constitucional dos advogados de administração da Justiça. De outro lado,

estimula-se a manutenção de profissionais que se optam pelas carreiras de conciliador, mediador ou árbitro no órgão de classe dos advogados.

Emprestando a acuidade do provérbio português, conclui-se que, para gáudio dos advogados mediadores, o Conselho Federal da OAB, ao editar o Provimento 196/2020, atirou no que viu, e acertou o que não viu. É louvável a iniciativa do órgão de classe de explicitar que atuação do advogado como conciliador, mediador ou árbitro constitui atividade advocatícia para todos os fins e que a remuneração destas atividades tem natureza de honorários advocatícios.

Esta coluna é produzida pelos membros e convidados da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP, Humboldt-Berlim, Coimbra, Lisboa, Porto, Roma II-Tor Vergata, Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC, UFMT, UFBA, UFRJ e UFAM).

Date Created

14/09/2020