

Basílio e Barreto: Papéis dos atores na mediação: advogado



...pes no procedimento de mediação, destacam-se os advogados.

O papel dos advogados no procedimento de mediação, desde

a publicação da Resolução nº 125/CNJ e, posteriormente, o Código de Processo Civil de 2015 e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/15), vem sendo moldado e alterado, ganhando cada vez uma maior relevância.

Se, anteriormente, os advogados eram doutrinados a litigar até a última instância do Poder Judiciário, hoje, cada vez mais, os estudantes são ensinados a consensualizar, negociar e demonstrar aos clientes os prós e contras da perpetuação dos litígios e da judicialização excessiva das causas.

Os advogados tiveram que “se reinventar” diante da crescente demanda social e dos próprios clientes para se adequar a essa nova realidade: a justiça multiportas.

Atualmente, as faculdades ensinam os métodos consensuais como matéria obrigatória, conforme determinado pela Resolução nº 5, de 2018, do MEC. Há, ainda, incontáveis cursos e pós-graduações voltados a especializar os advogados para atuação específica nesses procedimentos, capacitando-os em técnicas especiais e conhecimentos mais profundos para melhor atender os seus clientes e demandas.

Não há dúvidas, portanto, acerca da efetiva mudança de paradigmas, com uma cada vez mais crescente capacitação dos futuros e atuais advogados e advogadas para essa nova tendência, adequando-os para esta nova realidade cada vez mais presente no dia-a-dia da advocacia: a mediação, conciliação e negociação.

Há, ainda hoje, intenso debate acerca da obrigatoriedade (ou não) da participação da advocacia na mediação.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), interpretando a sua Resolução nº 125/2010, entendeu pela dispensabilidade dos advogados no âmbito da mediação. Essa decisão foi recentemente confirmada, a unanimidade, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 6.324, proposta pelo Conselho Federal da OAB. Em seu voto, o ministro relator Luis Roberto Barroso afirmou que “Vale ressaltar que a Resolução do CNJ não afasta a necessidade da presença de advogados nos casos em que a lei processual



assim exige, sendo aplicável a facultatividade apenas nos casos de (i) procedimentos judiciais em que, por força de lei, é desnecessária a atuação do procurador, como os juizados; (ii) atos de resolução consensual em momento pré-processual ou de mera informação sobre direitos”.

Por sua vez, a Lei de Mediação determina que, na mediação extrajudicial seria, em tese, opcional a participação de advogado, desde que os mediandos se encontrem na mesma situação jurídica (art. 10). Por outro lado, na hipótese de mediação judicial, esta participação seria obrigatória (artigo 26).

No que diz respeito às disposições do novo Código de Processo Civil de 2015, este recente diploma determina que, preenchidos os requisitos da petição inicial, não se tratando de hipóteses de improcedência liminar, na forma do artigo 332, e, ainda, versando a causa sobre direitos disponíveis, o magistrado designará audiência de conciliação ou, no que nos interessa, de mediação. Esse ato, portanto, será obrigatório e prévio até mesmo à apresentação da defesa, cujo prazo somente será iniciado no caso de não realização de acordo entre as partes.

A parte ré será, então, citada e intimada para comparecimento na audiência, determinando o artigo 334, em seu parágrafo 9º, que a parte deverá estar, necessariamente, acompanhada por seus advogados ou defensores públicos. Ou seja, a parte deverá, necessariamente, estar representada em Juízo por seus procuradores.

Esse parágrafo comunga com a ideia de que a advocacia é função essencial à administração da Justiça e tal exigência atende aos princípios da ampla defesa e do contraditório, corolários do due process of law.

Deste modo, não obstante eventuais entendimentos em contrário, defendemos que a participação dos advogados é indispensável, até mesmo para a escorreita tramitação do processo de mediação.

Isto porque, a consensualidade, requisito máximo para a validade do acordo a ser realizado em sede de mediação, pressupõe que as partes tenham o mais amplo e profundo conhecimento sobre o que está em jogo. Essa compreensão, que, no mais das vezes, demanda conhecimento técnico, só pode ser a nosso ver totalmente alcançada se a parte estiver devidamente assistida por um advogado.

Sobre o problema da consensualidade real, Owen Fiss, renomado professor da faculdade de Yale, em crítica às reformas realizadas no Federal Rules of Civil Procedure, publicou o texto “Against Settlement”. Sustentava o autor que somente no Judiciário se teria a segurança da observância das garantias Constitucionais. Os ADR seriam um subterfugio estimulado pelo Estado em razão de sua incapacidade de disciplinar os conflitos sociais em ampla expansão (sociedade de massas). Seria, para o professor, uma versão civil do plea bargaining, pois atingem uma solução negociada mediante a submissão dos interesses do polo mais frágil da relação. O consentimento de uma das partes para Owen Fiss seria viciado, já que resultado de um acordo com vocação para o injusto.

Esse problema da eventual injustiça do acordo de mediação, a nosso ver, se não pode ser totalmente eliminado, ele é certamente muito reduzido pela presença do advogado durante todo o processo de mediação, seja ele judicial ou extrajudicial.

No sentido de obrigatoriedade da presença do procurador na mediação, inclusive, tramita no Congresso



Nacional o Projeto de Lei nº 80/2018, de autoria do Deputado Federal José Mentor (PT), atualmente em trâmite no Senado Federal, que altera a Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) para expressamente prever a obrigatoriedade da participação dos advogados nos procedimentos de conciliação mediação judiciais e extrajudiciais.

Atualmente o PL se encontra na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, na qual aguarda a designação de novo relator. Apesar da demora na tramitação da matéria perante o Senado Federal, entendemos louvável a iniciativa de propor o referido Projeto de Lei, exaltando a necessidade de participação dos advogados para obtenção de uma decisão justa e adequada ao caso concreto.

Independentemente da controvérsia acerca da obrigatoriedade da presente do advogado, dúvidas não há acerca de um fato: o advogado possui, em regra, maior conhecimento técnico sobre a questão jurídica em discussão, encontrando-se apto a realizar o melhor acordo em benefício de seus clientes.

Não se nega que a parte pode, em tese, realizar atos da vida civil, dentre eles um acordo ou um negócio jurídico, sem estar assistida por um representante legal.

Todavia, a presença dos advogados garante uma decisão mais consciente e ordenada com os interesses em jogo, permitindo-se que se chegue, em geral, em um denominador que abarque de maneira mais satisfatória o interesse das partes da disputa.

Como se vê, a questão da participação dos advogados não corresponde somente a uma questão legal, mas, especialmente, à sua função informativa, já que estes serão responsáveis por orientar os participantes da mediação sobre os desdobramentos jurídicos das possíveis atitudes tomadas no procedimento.

Assim, o mais importante papel a ser exercido pelo advogado é o alcance da decisão informada, a fim de evitar que o cliente seja eventualmente surpreendido com futura consequência jurídica.

Magda Santos Barinson, sobre o papel dos advogados na mediação, destaca os seguintes pontos fundamentais sobre cada um dos passos do procedimento de mediação: "Antes da mediação, preparando seu cliente para a sessão, informando-o sobre as normas, auxiliando na avaliação dos fatos, interesses e metas, e avaliando os custos e os riscos dos diversos mecanismos existentes (Judiciário, mediação, arbitragem, etc), suas vantagens e desvantagens; Durante a mediação, atuando em prol dos interesses de seu cliente com vistas à colaboração, trazendo aportes de questões jurídicas quando for relevante e útil para a negociação, respeitando o protagonismo de seu cliente, redigindo e revisando o acordo; Após a mediação, acompanhando o cumprimento do acordo, verificando a satisfação do cliente, propondo a revisão e executando o acordo, se necessário.

No mais, os advogados, como é evidente, não estão emocionalmente envolvidos com o litígio, o que faz com que estes possam demonstrar as melhores opções aos clientes dentro das que são judicialmente exequíveis, de forma imparcial e, sobretudo, técnica.

A presença dos advogados, então, além de ser muito útil, em diversos casos se mostra fundamental, já que pode servir como ponto de força e clareamento das noções postas para o seu cliente, o que assegura



a higidez da transação que vier a ser celebrada.

Por tudo que acima foi exposto, concluímos que a participação da advocacia, na qualidade de terceiros técnicos e imparciais, para além de ser desejável é fundamental para o bom funcionamento e efetividade do processo de mediação.

A louvável função da advocacia, quando exercida de forma técnica e de acordo com os princípios éticos que a cercam, é indispensável para garantir cada vez mais a perpetuação e expansão das técnicas de auto composição, especialmente da mediação, ampliando a utilização desse instituto.

Ademais, a *expertise* técnica e comercial dos advogados pode auxiliar na tomada de decisão pela parte antes, durante e depois da mediação, assegurando-se a adesão ao procedimento e o cumprimento do acordo realizado, de forma consciente e justa aos interesses contrapostos das partes envolvidas.

Meta Fields