

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PRESENÇA DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO JUDICIAL

Leandro Rigueira Rennó Lima¹⁵

Clara Ramos Jayme¹⁶

¹⁵ Consultor independente com experiência em Direito Empresarial, Arbitragem e Mediação. Doutor pela Université de Versailles (França). Mestre pela PUC Minas. Árbitro. Mediador Judicial cadastrado junto ao TJMG. Mediador privado Certificado pelo ICFML – Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos e pelo IMI – International Mediation Institute. Professor da PUC Minas. Vice-presidente da CAMARB – Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil. Vice-Presidente do ICFML – Brasil.

¹⁶ Mediadora. Advogada. Bacharela pela PUC Minas.



1. Introdução

Apesar de a mediação não ser instituto novo, pode-se afirmar que a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça regulamentou de forma pioneira o instituto da mediação judicial no Brasil. Desde então, este método tem sido cada vez mais difundido, sobretudo com a evidência que lhe conferiram o CPC – Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) – e a publicação da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015).

A previsão da mediação, além da conciliação, como método de solução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário, demonstra a adesão à ideia de Tribunal Multiportas, pensada inicialmente por Frank Sanders (ALMEIDA; ALMEIDA; CRESPO, 2012, p. 25), por meio da qual as partes optam pelo método mais adequado à resolução de cada controvérsia específica.

Tratando-se de método de resolução de disputas interpessoais, é evidente a relevância da atuação do advogado enquanto mandatário dos interesses da parte. A proposta deste artigo é analisar de que forma, em que momentos e por quais razões o advogado deve participar de um processo de mediação, especificamente no caso da mediação judicial.

Dessa forma, importante salientar que deve ser entendida como mediação judicial aquela que se realiza no âmbito do Poder Judiciário estatal, ao contrário da mediação privada ou extrajudicial, que se realiza nas câmaras ou centros privados de mediação e escritórios de mediadores privados. Assim, cabe ressaltar que as

determinações legais e considerações em relação à participação do advogado na mediação judicial, que serão tratadas neste artigo, devem ser entendidas como aplicáveis tanto no caso de procedimentos de mediação processual como pré-processual, desde que realizados perante algum órgão do Poder Judiciário. Sendo os CEJUSCs – Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – órgãos vinculados aos Tribunais, não restam dúvidas de que as mediações e conciliações ali realizadas, sejam pré-processuais ou processuais, são consideradas judiciais e, portanto, devem assim ser tratadas.

Com isso, o objetivo principal deste texto é verificar se a obrigatoriedade da participação do advogado na mediação judicial, estabelecida em lei, deve ser entendida efetivamente como exigência da sua presença física obrigatória em todas as sessões de mediação ou se haveria outra possibilidade de interpretação válida para estas previsões da legislação aplicável, que assegurassem o respeito aos preceitos constitucionais e legais atualmente vigentes em nosso país.

2. O Sistema Multiportas e a atuação do advogado

Nos Estados Unidos, desde 1995, é dever do advogado informar sobre a possibilidade de se buscar outras vias, que não a judicial, para a solução de determinado conflito¹⁷.

17 Notice of Availability of Alternative Dispute Resolution.--In any civil action or claim arising under any Federal law or in any diversity action in Federal court, each attorney who has made an appearance in the case and who represents one or more of the parties to the action shall, with respect

No Brasil, por sua vez, a Constituição da República de 1988, em seu artigo 133, preconiza a indispensabilidade do advogado à administração da justiça. Por essa razão, tem o dever de cooperar para a resolução de conflitos, preferencialmente extrajudicialmente, nos moldes do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 2º, VI) e do CPC (art. 3º, §3º).

Fica evidente, neste ponto, a harmonização da atuação do advogado no Brasil e nos Estados Unidos, sobretudo quando a imprescindibilidade do advogado e seu dever de prevenção de litígios se harmonizam com o sistema criado por Frank Sanders, denominado Tribunal Multiportas.

Esse sistema visa direcionar

[...] os processos que chegam a um tribunal para os mais adequados métodos de resolução de conflitos, economizando tempo e dinheiro tanto para os tribunais quanto para os participantes ou litigantes. (ALMEIDA; ALMEIDA; CRESPO, 2012, p. 26).

Passemos, então, à análise da atuação do advogado na mediação, especialmente no âmbito judicial.

3. A relevância do advogado na mediação judicial

3.1. Razões para a atuação do advogado

É importante, em um primeiro momento, compreender as razões que justificam a atuação de um advogado na mediação. Inicialmente, podemos atrelar a resposta a uma questão de eficiência. Como exposto acima, o advogado é imprescindível para a administração da justiça, de forma que sua atuação será determinante na resolução de qualquer conflito.

A presença de um advogado na mediação justifica-se pela busca da solução com melhor resultado e menor custo, ou seja, da eficiência. A primeira premissa (melhor resultado) não diz respeito, necessariamente, ao resultado de um julgamento, mas, sobretudo, à consideração das diversas variáveis de um conflito. Tomemos como exemplo os conflitos que corriqueiramente são encaminhados à mediação, os chamados conflitos de relação continuada. Nesse contexto, a manutenção de uma relação saudável entre as partes pode ser muito mais favorável do que seria uma sentença procedente.

Da mesma forma, quando tratamos de menor custo, embora na mediação seja possível que o dispêndio financeiro seja menor do que seria na manutenção de uma ação judicial em curso até o seu trânsito em julgado, visamos destacar o quanto a eficiência do

advogado poderá reduzir os custos intangíveis do conflito, como o custo emocional de um processo judicial de longa duração.

Dulce Nascimento corrobora:

A mediação apresenta oportunidades de resolução de problemas exclusivos em que os advogados podem ajudar os seus clientes a alcançar resultados mais rápidos, mais econômicos e/ou com melhores resultados. (NASCIMENTO, 2017, p. 400).

Desta feita, o advogado eficiente é aquele que não só sugere o método mais adequado à solução do conflito, cabendo às partes envolvidas a decisão final, como atua com eficiência, buscando viabilizar a solução do conflito como um todo.

Superada a explanação acerca do motivo da atuação do advogado na mediação, passemos ao momento em que o advogado deve atuar.

3.2. Momento de atuação do advogado

A definição de quando o advogado deve atuar é tema delicado, haja vista o empenho dos advogados em se fazerem presentes a todo momento em qualquer tipo de procedimento de resolução de conflitos. A Ordem dos Advogados do Brasil tem se esforçado para garantir a presença física do advogado nas sessões de mediação judicial (OAB MINAS, 2018), e há, inclusive, projeto de lei em tramitação (nº 5.511/2016) (MENTOR, 2016), visando a alterar a redação do §4º do artigo 2º do Estatuto da OAB, para que se torne: “obrigatória a participação do advogado na solução consensual de conflitos, tais como a conciliação e a mediação”.

Parece-nos, então, que o objetivo é que a atuação do advogado não se restrinja a momentos específicos da mediação, mas seja obrigatória em qualquer sessão realizada.

Tal prática, indubitavelmente, visa à valorização do advogado enquanto representante da parte, sobretudo quando tal sugestão parte da Ordem dos Advogados. Ocorre que a relevância da atuação do advogado não deve se atrelar imperiosamente à sua presença física.

Importante lembrar que a legislação pátria, nos artigos 166 do CPC e 2º, IV, da Lei de Mediação, determina a informalidade como princípio da mediação, de forma que a imposição de regras ao procedimento nos parece contrária ao próprio procedimento. Como se verá ao longo desse texto, não vislumbramos motivos para a rigidez quanto ao procedimento da mediação, como a imposição de regras que determinem a obrigatoriedade da presença física do advogado em todas as sessões.

Nesse diapasão, nosso questionamento restringe-se ao momento em que se deve fazer necessária a presença física do advogado na mediação judicial,

to each party separately represented, advise the party of the existence and availability of alternative dispute resolution options, including extra judicial proceedings such as minitrials, third-party mediation, court supervised arbitration, and summary jury trial proceedings. S.300 – Lawsuit Reform Act of 1995— 104th Congress (1995-1996).

que consideramos deva ocorrer nos momentos apropriados. Mas, como determinar o momento apropriado? Ora, inicialmente caberá ao advogado servir-se do bom senso, bem como deverá fazê-lo seu cliente, para que haja a participação do advogado em todos os momentos em que ele possa contribuir para o deslinde do conflito.

Assim, é imperiosa a presença física do advogado quando a parte solicitá-la, a fim de resguardá-lo juridicamente ou até mesmo para lhe transmitir confiança. Cabe ao advogado e ao cliente determinarem quando a presença física do advogado é importante e poderá ser útil à resolução do conflito.

Nas sessões em que eventualmente a parte estiver desacompanhada de advogado, não haverá qualquer prejuízo. Primeiro, pelo fato de que, para assegurar o equilíbrio entre as partes, se uma estiver acompanhada de advogado, a outra também deverá estar. Além disso, havendo necessidade, a parte poderá requerer a suspensão da sessão ou o acesso remoto a seu advogado para sanar questão pontual. Afinal, se há sessões de mediação que ocorrem virtualmente, por que não pensarmos em acesso virtual (seja por telefone, por mensagem, ou por videoconferência) ao advogado e demais profissionais que possam prestar esclarecimentos e assessoria às partes?

Nessa linha de pensamento, importante pontuar as vantagens de se manter a flexibilidade quanto ao momento de participação física do advogado. O representante legal terá a possibilidade de assessorar seu cliente, mesmo que remotamente, podendo se ater às diversas atividades envolvidas na prática forense e ainda assim ter a garantia de uma boa assessoria àquele que o contratou. O cliente, a seu turno, estará resguardado com a ciência de que poderá, a qualquer tempo, requerer o auxílio de seu advogado.

Além disso, não podemos ignorar o fato de que na mediação pode haver a tratativa de questões subjetivas e/ou íntimas, que podem desinteressar ao escopo do trabalho de um advogado e sobre as quais o cliente se sente seguro de tratar desacompanhado de seu procurador.

Adiante, tratemos da forma de atuação deste profissional, ou seja, como o advogado deve atuar.

3.3. Forma de atuação do advogado

A colaboração e cooperação têm ganhado força em detrimento da litigância, que por muito tempo esteve arraigada na prática forense. Como visto, o estímulo a métodos consensuais de resolução de conflitos ficou mais

evidente a partir da Resolução n. 125 do CNJ, de 2010.

A mudança de postura do advogado é essencial para que se chegue à melhor solução possível para cada caso específico, ainda que se perceba que essa solução não envolva necessariamente um acordo, pois este nem sempre será possível.

Para tanto, é de extrema importância que o advogado conheça as principais técnicas de negociação e tenha condições de, junto com o seu cliente, avaliar a Melhor Alternativa ao Acordo Negociado (MAANA). Neste sentido, ele deverá auxiliar seu cliente a pensar quais são suas alternativas para solução daquele conflito na mediação e fora dela. É imperioso também que o advogado compreenda o que é mais favorável ao cliente, a partir da compreensão efetiva dos reais interesses que motivam cada parte naquela disputa. Os ativos intangíveis levados a uma mesa de mediação, como o relacionamento entre familiares, clientes, sócios, podem ter maior relevância, em alguns casos, do que teria uma sentença procedente.

Relevante frisar que o advogado litigante pode, a depender da estratégia judicial adotada, travar uma negociação por acreditar em um resultado mais favorável por meio de uma sentença.

Sobre a realidade brasileira, Maria Nazareth de Serpa ainda alerta:

Os profissionais que têm de negociar, como parte de seu trabalho, tendem a aprender informalmente, com colegas, empregadores ou mesmo com oponentes, muitas vezes com dramáticas experiências. Como resultado, dado às diferenças entre personalidades, os enfoques e a habilidade variam consideravelmente. (SERPA, 2017, p. 121).

Podemos extrair dos ensinamentos acima que não somente a postura colaborativa é essencial na prática advocatícia voltada à solução do conflito como um todo, como também a preparação do advogado.

Indo além da mediação judicial, podemos frisar a opção de alguns advogados pelas já difundidas no Brasil “Práticas Colaborativas”. Ao optarem por esta forma de atuação, os advogados buscam, com o auxílio de profissionais de outras áreas, uma solução extrajudicial ao conflito e firmam um compromisso de não litigância, de forma que não havendo solução consensual, este advogado não poderá representar o cliente em eventual litígio. (NA ÁREA, 2013).

Discutidas a forma, o momento e as razões por que o advogado deve atuar em uma mediação, passaremos à breve análise dos princípios da mediação e da legislação brasileira que orientam a participação do advogado neste procedimento consensual de solução de conflitos, especialmente, no âmbito judicial.

4. Os princípios da mediação e a legislação sobre o papel do advogado

O princípio da informalidade, de que já tratamos, está previsto tanto no Código de Processo Civil, em seu artigo 166, quanto no artigo 2º, IV, da Lei de Mediação. A doutrina também evidencia sua imperiosa observância, e define o princípio como: “[...] ausência de forma estabelecida para o procedimento.” (ALMEIDA; PAIVA, 2016, p. 106). Assim, não é necessário que as etapas sigam rigorosamente um rito; elas podem adequar-se de acordo com as exigências do conflito ou as necessidades dos participantes. Essa definição corrobora o que até o momento buscamos demonstrar, ou seja, que a presença física do advogado não deve ser uma regra engessada, mas adequada ao caso concreto.

Outra característica da mediação, que evidencia a importância da análise individualizada de cada caso, é o protagonismo das partes. O advogado, habituado a responder por seu cliente em demandas litigiosas, tem papel extremamente relevante na mediação, porém, não será o protagonista do procedimento.

O *protagonismo* dos mediandos é uma premissa da mediação, cabendo ao mediador garantir que eles se manifestem e colaborem no processo. Os advogados dos envolvidos podem participar da mediação, sanando dúvidas jurídicas de seus clientes e auxiliando na elaboração de soluções criativas, bem como na redação ou análise jurídica dos termos do acordo. Porém, durante o processo de mediação, os envolvidos devem ser estimulados a se comunicarem diretamente, com foco na satisfação de seus reais interesses. (ARLÉ; BADINI; BORGES, 2014, p. 247).

Nessa mesma linha, leciona o Manual de Mediação Judicial do CNJ – Conselho Nacional de Justiça:

Nestas hipóteses, advogados atuam orientando seus clientes em relação a seus direitos e auxiliando a encontrarem soluções. Usualmente se diz que em processos consensuais o processo é das partes e o facilitador apenas o conduz. (AZEVEDO, 2016, p. 32).

Arelados ao protagonismo da parte estão os princípios da autonomia da vontade e da decisão informada. O primeiro, previsto no artigo 2º, V, da Lei de Mediação e no artigo 166 do CPC, evidencia-se na prática, na medida em que a “mediação permite que o indivíduo decida os rumos da controvérsia e protagonize uma saída consensual para o conflito”. (TARTUCE, 2016, p. 190). Já o princípio da decisão informada é definido por Arelé, Badini e Borges como:

[...] informação aos envolvidos quanto aos seus direitos na mediação e ao contexto fático no qual estão inseridos, podendo, caso assim desejem, comparecer com advogados ou Defensores Públicos. (ARLÉ; BADINI; BORGES, 2014, p. 244).

Tartuce pondera ainda que:

[...] na prática, o princípio da decisão informada impõe o esclarecimento, por parte dos mediadores, sobre os direitos do mediando em relação a aceitar participar da via consensual e de seguir participando das sessões. (...) 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. (TARTUCE, 2016, p. 194).

Sobre a participação do advogado na mediação judicial, importante, ainda, citar a legislação. O verbo “poder” é recorrente quando se trata da participação deste profissional, como ocorre no artigo 11 da Resolução n. 125/2010 do CNJ e no Enunciado 21 do FONAMEC – Fórum Nacional da Mediação e Conciliação, que diz que:

[...] nas sessões de conciliação ou mediação, inclusive naquelas relacionadas ao Direito de Família, não é obrigatória a presença de advogado, ante o caráter consensual do procedimento, embora deva ser recomendada a sua presença. (BRASIL, 2015a).

O art. 334, § 9º, do CPC traz as seguintes determinações sobre a mediação judicial: “as partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.” (BRASIL, 2015b). O artigo 26 da Lei de Mediação prevê que:

[...] as partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, ressalvadas as hipóteses previstas nas Leis n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, e n. 10.259, de 12 de julho de 2001. (BRASIL, 2015c).

Embora as redações que utilizam o verbo “poder” e aquelas que utilizam o verbo “dever” possam parecer contraditórias, por se referirem a uma faculdade e a uma regra, respectivamente, o que podemos perceber é que em qualquer contexto é imprescindível haver advogado constituído nos casos levados à mediação judicial, seja pré-processual ou processual. Em nenhum momento, porém, restou expresso que sua participação deve se dar fisicamente em todas as etapas da mediação. Assim, entendemos que o advogado deve estar presente quando sua presença se fizer necessária ou for requisitada, conforme já expusemos.

Importante lembrar que nos Juizados Especiais, Cíveis e Criminais, a presença do advogado é facultativa para a instauração do litígio e também o é para a realização de eventual mediação ou conciliação, em razão da exceção legal, contudo, permanece, a nosso entender, recomendada.

5. Conclusão

Finalmente, o que contestamos aqui não é a indispensabilidade da participação do advogado na mediação judicial, a qual defendemos, mas a flexibilização da sua presença física nas sessões, restando incólume a recomendação de sua participação.

Um eventual acordo ou opção pelo prosseguimento da ação judicial deve ser respaldado pelo advogado, inclusive porque, uma vez contratado, é não só interesse, mas dever do advogado conhecer os encaminhamentos de um caso.

Frisamos, por fim, a importância de que o advogado se atente para além dos interesses corriqueiros da demanda judicializada, como a busca pela sentença procedente, para que observe também os interesses ocultos e necessidades de seu cliente e o assessor na busca destes.

Em um ambiente de colaboração e busca do entendimento, tem o advogado um papel essencial a ser desempenhado e, quando devidamente preparado, o resultado será positivo para todos os envolvidos na concretização deste movimento nacional pela difusão e correta utilização da mediação também no âmbito judicial.

6. Referências

ALMEIDA; ALMEIDA; CRESPO. **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

ALMEIDA, Diogo A. Rezende de; PAIVA, Fernanda. Princípios da mediação de conflitos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJIO, Samantha; JONATHAN, Eva. (Coord.). **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Juspodium, 2016.

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano; BADINI, Luciano Luz; BORGES, Vladimir da Matta Gonçalves. A mediação no âmbito do Ministério Público. In: **Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público**. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 2 fev. 2017.

BRASIL. Fórum Nacional da Mediação e Conciliação (FONAMEC). **Enunciado 21**. 2015a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/f5faf9126900ab4f10d9702bcdabc77de.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art334>. Acesso em: 2 fev. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.140, de 29 de junho de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 jun. 2015c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 2 fev. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, 4 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 3 abr. 2018.

ESTADOS UNIDOS. **S.300 – Lawsuit Reform Act of 1995** - 104th Congress (1995-1996). Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/104th-congress/senate-bill/300/text?q=%7B%22search%22%3A%5B%22ethics+lawyer+mediation%22%2C%22ethics+lawyer+adr%22%5D%7D&r=1>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

MENTOR, José. **Projeto de lei nº 5511, de 2016**. Altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2087302>>. Acesso em: 1 abr. 2018.

NA ÁREA de família: o que é. **Práticas Colaborativas**, 2013. Disponível em: <<http://praticascolaborativas.com.br/home/na-area-de-familia.php#como>>. Acesso em: 1 abr. 2018.

NASCIMENTO, Dulce Maria Marins do. Mediação empresarial. In: PERRUCCI, Felipe Falcone; MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro; LEROY, Guilherme Costa (Orgs.). **Os impactos do novo CPC no direito empresarial**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

OAB MINAS requer a indispensabilidade da presença do advogado nos Cejusc. **OAB Minas**, 31 jan. 2018. Disponível em: < https://www.oabmg.org.br/Noticias/Index/8694/OAB_Minas_requer_a_indispensabilidade_da_presenca_do_advogado_nos_Cejusc>. Acesso em: 30 mar. 2018.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação uma solução judiciosa para conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. São Paulo: Método, 2016.