

O PAPEL DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO¹

THE LAWYER'S ROLE IN MEDIATION

Aline Ferreira Gomes de Almeida²

Rafaella Rodrigues Malta³

Resumo

Diante do cenário de destaque da mediação, sobretudo após sua inserção no CPC/2015 e a promulgação da denominada Lei de Mediação, busca-se analisar qual a função e os limites da atuação do advogado nesse procedimento. Esse deve se atentar para a importância do mapeamento do conflito, valendo-se da comunicação não violenta, vez que a postura desse profissional é fundamental à mudança de paradigma. Deve o advogado adequar a sua atuação aos métodos consensuais de resolução de conflito ora em voga, auxiliando na satisfação das necessidades de seus clientes e contribuindo para uma cultura de diálogo e paz social.

Palavras-chave: Advogado. Mediação. Acesso à justiça.

Abstract:

Given the highlight of the mediation scenario, especially after their inclusion in CPC/2015 and the enactment of the so-called Mediation Act, which seeks to analyze the function and the lawyer's performance limits in this procedure. This should be alert to the importance of mapping the conflict, making use of nonviolent communication, since the posture of this professional is fundamental change of paradigm. The lawyer must adapt its operations to consensual methods of conflict resolution now in vogue, assisting in meeting the needs of its clients and contributing to a culture of dialogue and social peace.

Keywords: Lawyer. Mediation. Access to justice.

¹ Trabalho apresentando no VI Congresso RECAJ UFMG, em 2015. Atualizado e publicado em sua versão completa, de modo inédito, nesta edição. Artigo inédito. Enviado em: 15 jul. 2018.

² Graduada em direito pela UFMG. Mediadora. Facilitadora de práticas restaurativas. Advogada em Almeida Mourão Marra Malta Sociedade de advogadas – ALMMA. E-mail: alinefgalmeida@gmail.com

³ Mestranda em Direito pela UFMG, bolsista pela CAPES. Monitora de Pesquisa e Extensão Ciranda de Justiça Restaurativa. Foi Vice-Diretora Adjunta e advogada-orientadora na Divisão de Assistência Judiciária da UFMG - DAJ. E-mail: rafaellarodriguesmalta@gmail.com

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Estabelecem o art. 133, CR/88, que “o advogado é indispensável à administração da justiça” e o art. 2º, VI, do código de ética da OAB, que constitui dever do advogado “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”. Sua função é essencial por salvaguardar a tutela de direitos, o acesso à justiça e promoção da paz social.

No entanto, tradicionalmente atribui-se ao advogado uma postura combativa, beligerante, que está disposto a tudo mover em prol dos interesses do seu cliente, numa lógica adversarial - que prevalece no Judiciário. Ratifica-se o modelo perde-ganha, em que sempre uma parte deve sair vencedora e a outra vencida.

Tal visão é recorrentemente difundida nas faculdades de Direito, em que a estrutura do curso enfatiza os procedimentos judiciais e combativos através do elevado número de disciplinas processuais constantes na grade curricular. Neste cenário a resolução de conflitos de forma colaborativa e consensual não constava - por vezes, ainda nem consta - no currículo de muitas instituições de ensino superior em Direito.⁴

Contrastando com essa realidade, merece destaque o movimento mundial de acesso à justiça, proveniente do Projeto Florença de Acesso à Justiça, idealizado por Mauro Cappelletti, na década de 1970, que apresenta em uma de suas vertentes, denominada de terceira onda renovatória, premissas para que se empregue “procedimentos mais acessíveis, simples e racionais, mais econômicos eficientes e adequados a certos tipos de conflitos, (...), bem como pela criação de formas de justiça mais acessível e participativa”.⁵ Perspectiva que embasa e dissemina o uso das anteriormente chamadas ADRs (Alternative Dispute Resolution – técnicas alternativas de resolução de conflitos), “como uma opção ao sistema jurisdicional tradicional”,⁶ hoje conhecido como métodos complementares de acesso à justiça.

Esse projeto gerou influências diretas no sistema de justiça brasileiro, tanto que pós-Constituição de 1988, ganha destaque, a par dos métodos tradicionais, novos métodos de composição de litígios, implantando a justiça que Cappelletti denominou de coexistencial. Para

⁴ Na Faculdade de Direito da UFMG, nos termos da versão curricular 2012, dentre as 57 disciplinas obrigatórias, 7 são de processo, havendo apenas uma disciplina optativa (não obrigatória) sobre métodos complementares de resolução de conflitos. Disponível em: <<https://sistemas.ufmg.br/aluno-grad/configuracaocurricular/gerarrelatoriopercursocurricular/telaConsultaPercursoCurricularAluno.seam?bkmk>>. Acesso em: 14 out. 2015. Todavia, apesar dessa defasagem, o núcleo de prática jurídica da UFMG, Divisão de Assistência Judiciária – DAJ, apresenta um projeto de Mediação de Conflitos, em parceria com a OAB/MG.

⁵ NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 42.

⁶ THEODORO JÚNIOR et al., 2015, p. 214.

além de pensar na jurisdição como última via, os ADRs são percebidos não como meios “alternativos”, mas como meios “integrados”, vias plúrimas para a solução mais apropriada, possibilitando a escolha da técnica mais adequada.⁷

Sendo uma das mais marcantes alterações introduzidas pelo novo diploma processual o reconhecimento e reforço do modelo multiportas, o que pode ser apreendido no art. 3, do NCPC, que além da introdução dos ADRs, estabelece que estes devam ser estimulados, antes ou no curso do processo.⁸

Instaura-se um novo paradigma no Direito em que são apresentados diversos meios para o dimensionamento do conflito, como a mediação, conciliação e arbitragem. Nesse contexto a jurisdição passa a ser vista apenas como uma das portas a que o cidadão possa recorrer, sendo utilizado apenas quando as demais técnicas falharem ou não puderem ser aplicadas.

Apresenta-se o que pode vir a ser a mudança da cultura do litígio para a cultura da pacificação. Tende-se a abandonar a terceirização da solução do litígio, em que quase tudo se delega ao juiz, um terceiro hipoteticamente imparcial, para que os indivíduos assumam a autoresponsabilização pela resolução das contendas, resgatando o exercício da autonomia e dando chance para que o mediado participe ativamente, decidindo sobre seus próprios interesses.

Neste contexto, ganha relevante destaque a mediação, que além de prevista no CPC/2015,⁹ é tratada de forma mais pormenorizada pela Lei nº 13.140, conhecida como lei de mediação, que foi um pouco além do proposto no novo diploma processual, vez que trata da mediação judicial e da extrajudicial, que será realizada em câmaras privadas e escritórios.

A mediação, sobretudo em sua vertente transformativa, incentiva a adoção do diálogo como a forma primordial de lidar com o conflito, especialmente aqueles que envolvem relações sociais permanentes que merecem ser reestabelecidas e preservadas, como é o caso de conflitos familiares, de vizinhança ou mesmo na relação entre empresas e clientes. Para tanto, há a facilitação de um terceiro, o mediador, que primordialmente auxilia, não julga.

Como em toda mudança de paradigmas, passaremos por um período de questionamentos e reestruturação. Ressalta-se que para a transformação empreendida de consolidação da

⁷ THEODORO JÚNIOR et al., 2015, p. 216 e 217.

⁸ O CPC/2015 conferiu grande destaque a esta temática ao prever a alteração nos requisitos da petição inicial, fazendo com que a audiência de conciliação ou mediação torna-se obrigatória, ou melhor, o comparecimento é obrigatório, a participação deva ser facultada, em virtude do princípio da voluntariedade inerente a esse método; e realizada, antes mesmo do juiz se manifestar, por conciliadores e mediadores capacitados.

⁹ Enquanto no CPC/73 a conciliação era tratada em artigos espaços e nenhuma menção se fazia à mediação, já no CPC/2015 há um capítulo dedicado a esta temática (arts. 165 a 175) e o termo “mediação” aparece 39 (trinta e nove) vezes no novo diploma.

mediação deve haver a estruturação de um modelo que não represente apenas a fuga do judiciário, mas que observe a autonomia das partes. A presente pesquisa objetiva esclarecer qual é o papel do advogado neste método de resolução de conflito, para tanto, utiliza-se a metodologia jurídico-projetiva.¹⁰

2 O MAPEAMENTO DE CONFLITOS, A UTILIZAÇÃO DA COMUNICAÇÃO NÃO-VIOLENTA E A DELIMITAÇÃO DO ESPAÇO DO ADVOGADO

Os meios alternativos, como a mediação, figuram em alguns casos como melhor forma de resolução de conflitos, vez que acentuam a cooperação entre as partes, a responsabilização pela formação da solução e o compromisso com o acordo. Altera-se a lógica adversarial “ganha x perde”, na qual predomina o litúgio e o embate, para a lógica consensual, em que a negociação é integradora, centrada no “ganha x ganha”, possibilitando acordos criativos atentos a satisfação das necessidades de todos envolvidos no processo.

Antes de direcionar o caso para a mediação, ao advogado cabe mapear o conflito. Isso porque o mapeamento possibilita definir qual o método mais adequado para trabalhar determinada relação conflituosa. Para diferentes tipos de conflito, há diferentes tipos de métodos de resolução. Além disso, através do mapeamento o advogado adquire informações capazes de ampliar o espectro que se enxerga o conflito. Descobre-se quais os atores envolvidos e seus objetivos, aumentando o material epistemológico que define a situação do conflito.¹¹

Para auxiliar no mapeamento do conflito, o advogado deve exercitar sua escuta ativa e valer-se da comunicação não-violenta – CNV.¹² Desse modo o advogado será capaz de auxiliar seu cliente a observar o conflito de forma objetiva, sem diagnosticá-lo. Definir quais as ações dos envolvidos lhe incomoda, utilizando de verbos e não de adjetivos para tanto. Aqui estar-se-á separando o conflito das pessoas envolvidas, despersonalizando o conflito. Feito isso, cabe ao cliente identificar qual sentimento o conflito lhe desperta e que este sentimento não presuma qualquer relação com outrem, como, por exemplo, “sentir-se subjugado(a)” presume que outrem lhe está oprimindo. Utilizar-se dessas palavras não ajuda na identificação do real sentimento da pessoa, que brota dentro dela e ninguém tem controle sobre isso, como por exemplo, sentir-se triste, alegre, preocupado(a), ansioso(a), com raiva.

¹⁰ GUSTIN; DIAS, 2010, p. 29.

¹¹ Profissionais das equipes de mediação do SMAT, 2014, p. 21-22.

¹² ROSEMBERG, 2000.

Após, passa-se a observar que esses sentimentos surgiram em virtude de necessidades da pessoa que não estão sendo atendidas. Então, o próximo passo é identificar quais são essas necessidades. E uma vez identificadas, deve-se ponderar como se prefere que essas necessidades sejam atendidas. Desse modo, naturalmente chega-se a proposição de um pedido aos envolvidos de como se pretende solucionar ou lidar com o conflito posto. O advogado, ao auxiliar seu cliente com a CNV, estará contribuindo para a desconstrução de posições prévias e preconceituosas, as quais muitas vezes não refletem seus interesses e muito menos terão o condão de satisfazer suas necessidades.¹³

Além disso, o fato do cliente chegar numa sessão de mediação observando o conflito de forma objetiva facilita o diálogo, pois se tende ao reconhecimento da necessidade do outro como válida também. Esse reconhecimento geralmente implica numa consequência natural do diálogo: a solução do conflito através de acordos criativos, cuja finalidade é a satisfação das necessidades de todos envolvidos.

Nesta nova perspectiva multifacetária de dimensionamento de conflitos, a postura e atuação do advogado deve se adequar a essa nova realidade, que deve se preparar e mudar suas concepções, desvinculando-se da postura adotada nos processos judiciais e adequando-se a estas novas propostas, sobretudo na mediação.

No processo judicial o advogado expõe na petição inicial a sua percepção dos fatos e na audiência apresenta uma postura ativa, cabendo a ele provar as razões e o direito de seu cliente, em um diálogo firmado basicamente entre magistrado e advogados; e a parte permanece quase inerte, em posição completamente coadjuvante, apenas assiste o desenrolar dos acontecimentos, por vezes sem entender o que acontece.

Já na mediação, os protagonistas são as partes, são elas que expõem os fatos e as possíveis propostas. Não há necessidade de fala do advogado, mais que isso, ele não pode falar por seu cliente, deve apenas auxiliar, caso necessite. Seu papel se restringe a um auxiliar jurídico da parte, não de um representante. Ele não deve chegar numa sessão com respostas prontas, deve esperar o cliente oferecê-la. O advogado nunca deve assumir que sabe o que o cliente quer, deve esperar que este manifeste autonomamente sua vontade.

O advogado na mediação deve ter um olhar que ultrapasse os fatos e a visão do conflito considerado juridicamente. Deve ir além da subsunção do fato a uma norma jurídica, certo de que há questões que a lide jurídica não comporta, mas que são intrínsecas à solução efetiva do conflito, tais como relações pessoais, convívio, sentimentos, comunicação entre os envolvidos

¹³ FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 57-71.

e resgate do relacionamento. É necessário atentar-se tanto para o conflito aparente quanto para o insurgente.

Muitos questionam se o advogado deveria estar presente em todos os momentos da mediação, vez que os envolvidos podem expor diversos tipos de conflitos, inclusive os pessoais e íntimos, em que a presença do advogado possa ser dispensável, por não contribuir para o diálogo, devendo ser pontual sua atuação. Entende-se, no entanto, que para confecção dos acordos e durante o procedimento, o advogado deve orientar e instruir quanto à juridicidade do caso.

Além do advogado não assumir o lugar da parte, ele deve se atentar também para não usurpar a função do mediador. Não cabe ao advogado conduzir o diálogo, lançar indagações, sobretudo para a parte contrária. A função do advogado é auxiliar a parte acerca de eventuais dúvidas jurídicas que surgirem. Havendo exaltação dos ânimos cabe ao mediador o gerenciamento da ordem, podendo ser auxiliado pelos advogados.

Durante a mediação deve atuar em prol dos interesses de seu cliente, mas adotando uma postura colaborativa e trazer aportes de questões jurídicas quando for relevante e, sobretudo, explicar ao cliente as possibilidades e os riscos. E, após a mediação, deve acompanhar o cumprimento do acordo.

Ainda é tarefa do advogado esclarecer ao seu cliente que se trata de uma negociação assistida, que não haverá um juiz, o mediador não irá aconselhar, nem esclarecer dúvidas jurídicas, e que o objetivo não é uma sentença, mas restabelecer o diálogo e encontrar uma solução construída e aceitável pelos mediados, por meio do auxílio de um terceiro, bem como possibilitar a compreensão e discussão do conflito, não sendo imprescindível a sua solução. Talvez sendo esse um dos principais pontos que o advogado tende a interferir e forçar um desfecho.

A mediação, apesar de não ter aplicabilidade universal, é mais adequada para garantir uma solução satisfatória de certas categorias de conflitos. E apresenta como atrativos para o advogado a convicção de que existe uma boa chance de se encontrar uma solução mais benéfica e proveitosa para seu cliente do que o provável resultado de um litígio, vez que o aumento do potencial comunicativo entre os sujeitos resulta na formulação de uma solução negociada, mais adequada à realidade das partes e menos coercitiva – como geralmente ocorre nos tribunais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O posicionamento e atuação da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB para conscientização e preparo dos advogados é imprescindível. São muitas inovações e um procedimento bastante diverso da habitual litigância ensinada pela academia. Se houve uma falha das instituições de ensino superior ao não abordarem a teoria do conflito, seu mapeamento e as formas autônomas de resolução de conflito, cabe a OAB atentar-se para essa correção. Devem ser ofertados ao advogado cursos gratuitos ou de baixo custo sobre todas as ADRs, esclarecendo qual o papel do advogado em cada método, em especial da mediação, por estar tão em voga atualmente.

Será necessário muito esforço para que se possa compreender adequadamente o papel do advogado na mediação e para que saia do lugar comum e aceite o novo. A mudança pode ser desconfortável, mas é necessária e está em vias de se concretizar. A capacitação dos advogados, como também a disseminação e aprofundamento desse estudo na academia deve ser priorizado e estruturado de modo a formar profissionais aptos a lidar com essa nova realidade sem deturpá-la ou mecanizá-la, sob pena de obstaculizar o acesso à justiça. Espera-se do advogado uma atuação pautada na resolução efetiva do conflito, e não apenas no seu cliente ou nos honorários.

Referências

COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*. Trad. René Loncan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar sem fazer concessões*. Trad. Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teórica e prática*. 3ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à Justiça Democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PROFISSIONAIS DAS EQUIPES DE MEDIAÇÃO DO SMAT. *El mapeo del conflicto: teoría e metodología*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2014. Disponível em: <http://justicia.gencat.cat/web/.content/home/departament/publicacions/publicacions_per_temes/execucio_penal_i_justicia_juvenil/pg11_mapeo_conflicto_jj.pdf>. Acesso em: 15 out. 2015.

ROSEMBERG, Marshall. Workshop Comunicação Não-violenta. [Filme-vídeo]. São Francisco, 2000. 45 min. Color. Som. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=tHaxwCqOwWA>>. Acesso em: 15 out. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.