REVISTA *THESIS JURIS*

A ESSENCIAL PARTICIPAÇÃO DA ADVOCACIA NO PROCESSO DE MEDIAÇÃO JUDICIAL PARA A EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E DA SEGURANÇA JURÍDICA

A ESSENCIAL PARTICIPAÇÃO DA ADVOCACIA NO PROCESSO DE MEDIAÇÃO JUDICIAL PARA A EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E DA SEGURANÇA JURÍDICA

Dayse Braga Martins

Doutoranda em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Ceará. E-mail: ginapompeu@unifor.br.

http://lattes.cnpq.br/0091081040251630

Gina Vidal Marcílio Pompeu

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Coordenadora e Professora do Programa de Pós-Graduação e Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Ceará. E-mail: ginapompeu@unifor.br.

http://lattes.cnpq.br/5158462383888889

Editora científica:

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago

DOI – 10.5585/rtj.v4i3.284

Submissão: 19/10/15

Aprovação: 20/12/2015

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a mediação de conflitos como instrumento de efetivação do princípio constitucional do acesso à justiça e a necessária participação do advogado para garantir a segurança jurídica dos mediados. Neste sentido, abordou-se a releitura da teoria do acesso à justiça no contexto da política de tratamento adequado dos conflitos. Em seguida, abordaram-se especificamente as características do processo de mediação de conflitos e o papel do advogado na condução e assessoramento do procedimento, com destaque à mediação

judicial e extrajudicial. Analisou-se criticamente o Projeto de Lei 8046/2010, o Projeto de Lei 7169/2014 e a Resolução nº125/2010 do CNJ. A metodologia aplicada foi do tipo bibliográfica e documental, de abordagem qualitativa com fins descritivos e exploratórios. Visa investigar, explicar e analisar a experiência brasileira na implementação da mediação de conflitos, com enfoque específico na atuação do advogado para garantir a eficiência do procedimento. Ao estudar a mediação de conflitos, conclui-se que o processo de desjudicialização realizado pela mediação, em especial o da mediação judicial, não exclui a necessária figura do advogado, que deve atuar tanto como mediador, bem como no assessoramento das partes mediadas na sessão de mediação, haja vista a mediação desenvolver-se no contexto da ciência jurídica, no Estado Democrático de Direito. E, neste contexto, deve o acordo e o respectivo documento jurídico serem desenvolvidos de forma a garantir o melhor Direito, em respeito à peculiar realidade de cada caso, para fins de sustentabilidade da relação e do acordo realizado entre as partes envolvidas.
Palavras-chave: Acesso à Justiça. Advocacia. Desjudicialização. Mediação Judicial. Segurança Jurídica.

INTRODUÇÃO

Os meios consensuais de solução de conflitos (mediação e conciliação) apresentam-se como quebra de paradigma em face de uma cultura romano-germânica, dogmática e positivista do Poder Judiciário no ordenamento jurídico brasileiro. A mediação, em especial, destaca-se pela participação ativa das partes envolvidas no conflito, atribuindo a elas o poder decisório historicamente de tutela do Poder Judiciário. As partes conflitantes são, portanto, empoderadas ao dialogar, ouvir e serem ouvidas, para que juntas possam solucionar o conflito de forma construtiva e transformadora.

A prática da mediação desenvolveu-se no mundo em diversos países, tais como nos Estados Unidos (1970), na Escola de Direito da Universidade de Harvard, na Inglaterra, na Argentina, conquistando também o Brasil (1990). Ao realizar um estudo comparado entre a experiência norte-americana e a brasileira, vê-se que o Brasil foi autêntico e respeitou as peculiaridades de sua cultura jurídica ao desenvolver uma doutrina da mediação, diferenciando-se em vários aspectos da mediação realizada nos ordenamentos alienígenas.

Quanto aos tipos de mediação classificados nas várias escolas dos EUA, o modelo de mediação utilizada no Brasil é a mediação transformativa, que objetiva, além de solucionar o conflito, transformar as partes envolvidas e o relacionamento entre elas ao fomentar ou recuperar a comunicação efetiva por meio da empatia (um se colocar no lugar do outro). Tal fato deveu-se à existência anterior da conciliação, que se assemelha à mediação avaliativa (*evaluative mediation*), que consiste na intervenção do mediador por meio de recomendações e

opiniões sobre a solução do conflito. A mediação avaliativa foi desenvolvida nos EUA na década de 1980 e é mais utilizada, quando o conflito envolve valores econômicos (COHEN, 2014).

Além do processo de implementação da mediação de conflitos no ordenamento jurídico pátrio ter se adequado à cultura e às normas existentes, também foi transformadora desta, na medida em que quebrou o paradigma da judicialização ao encampar o processo de desjudicialização. Tal processo de desjudicialização vem transformando a cultura do litígio na cultura do diálogo, a cultura da submissão, uma decisão judicial na cultura da participação ativa das partes envolvidas na solução de seus conflitos. Estas quebras de paradigmas, resultado da prática da mediação de conflitos, justificam a importância e a atualidade do tema, que foi estudado neste trabalho por meio de pesquisa do tipo bibliográfica e documental, de abordagem qualitativa com fins descritivos e exploratórios.

Neste sentido, o presente artigo analisa a eficiência do Poder Judiciário e a efetividade do direito fundamental ao acesso à justiça e como os meios adequados de solução de conflitos colaram neste processo. Analisam-se a mediação judicial e a mediação extrajudicial e suas peculiaridades, com enfoque no papel do advogado na garantia da segurança jurídica destas modalidades, fundamentando-se na teoria de autores referenciados ao longo do texto e na pesquisa e na prática da mediação desenvolvidas há mais de dez anos pelas autoras.

1 EFICIÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO, EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA E MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O princípio fundamental do acesso à justiça positivado na Constituição Federal de 1988 representa um direito individual do cidadão, em consonância com outros direitos e garantias fundamentais igualmente relevantes, para dar eficiência ao Estado Democrático de Direito e seus fundamentos. E, para eficiência da prestação jurisdicional e consequente efetivação do acesso à justiça, instituiu-se o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), definido constitucionalmente nos incisos do §4º de seu art. 103-B.

O CNJ não está investido de função jurisdicional, embora seja um órgão do Poder Judiciário, uma vez que sua esfera de atuação encontra-se no campo administrativo. O Conselho Nacional de Justiça foi criado com o escopo de fiscalizar financeira e administrativamente o Poder Judiciário, bem como desenvolver a atividade disciplinar de seus órgãos e juízes, para fins de garantir eficiência na gestão do Poder Judiciário. Para tanto, vem definindo metas quantitativas classificadas em quatro categorias, que compõem os indicadores do Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário (SIESPJ) (CNJ, 2013, p. 10):

> I – Insumos, dotações e graus de utilização:
> a) Receitas e despesas;
> b) Estrutura;
> II – Litigiosidade:
> a) Carga de trabalho;
> b) Taxa de congestionamento;
> c) Recorribilidade e reforma de decisões;
> III – Acesso à Justiça;
> IV – Perfil das Demandas.

O Relatório Justiça em Números do CNJ vem orientando sua atuação ao propiciar um conhecimento mais preciso e uma visão holística dos problemas do Poder Judiciário, ao mesmo tempo atendendo às especificidades de cada ramo da justiça (estadual, federal, do trabalho, militar) e cada realidade regional. O Relatório Justiça em Números de 2013, ano base 2012, trouxe em seu Panorama Global as seguintes constatações (2013, p. 294):

> O maior gargalo do judiciário apresenta-se na liquidação do estoque, visto que, inobstante os tribunais terem sentenciado e baixado quantidade de processos em patamares semelhantes ao ingresso de casos novos, o quantitativo de processos pendentes tem se ampliado em função dos aumentos graduais da demanda pelo Poder Judiciário.
> Os magistrados julgaram mais processos em 2012 que nos anos anteriores. Cada magistrado sentenciou em média 1.450 processos no ano de 2012, 1,4% a mais que em 2011. A cada ano, os magistrados julgam mais processos. Ainda assim, o aumento do total de sentenças (1 milhão – 4,7%) foi inferior ao aumento dos casos novos (2,2 milhões – 8,4%), o que resultou em julgamento de 12% processos a menos que o total ingressado.
> [...] A alta taxa de congestionamento é causada pela grande quantidade de processos pendentes na fase de execução da primeira instância, tendo em vista que a taxa de congestionamento é de aproximadamente 85% nessa fase, enquanto, na fase de conhecimento, o percentual cai para 60%.

Em suas "Considerações finais", reconhece que uma pesquisa quantitativa tem seus limites e que se destaca pela sua precisão, concluindo que o Poder Judiciário encontra-se em processo de crescimento, mas que o aumento da litigância faz com que a baixa nos processos ainda seja insuficientemente menor que o ingresso de casos novos. Por fim, enfatiza a importância da divulgação destes dados com a comunidade em geral para que sejam desenvolvidos estudos, inclusive no âmbito acadêmico, a fim de orientar "a adoção de medidas normativas e de gestão judiciária capazes de garantir o acesso à Justiça no Brasil" (2013, p. 300).

Sobre a eficiência do Poder Judiciário e a função do Conselho Nacional de Justiça na promoção da celeridade processual e suas consequências na efetividade de direitos, Couto e Meyer-Pflug concluem que (2013, p. 143):

> Cremos, todavia, que neste ambiente, dever-se-ia preconizar pela *efetividade* do processo e da Justiça, e não apenas a sua *celeridade*, menos ainda aquela obtida a qualquer preço, é dizer, à mercê da necessária atenção a outras garantias fundamentais, tão ou quiçá, em algumas situações, mais importantes que a própria duração mínima dos processos. O que se pretende, naturalmente, é evidenciar que a

> duração excessiva dos pleitos é um mal, mas que um processo instantâneo, igualmente o é.
> Não se está a afirmar, a esse propósito, que as metas do CNJ e das corregedorias dos Tribunais são de todo ilegítimas, ou descabidas. Ao contrário, o que se preconiza, em relação ao tema, é que sejam refletidos os critérios que tem em conta *apenas* a referência quantitativa. Indagar-se-á ainda se estes mesmos critérios, quando aplicados, de fato poderão gerar os resultados esperados. Em outros termos, dever-se-á indagar se as ações propostas implicam em maior qualidade nos julgamentos e, por consequência, em uma maior percepção de Justiça pela sociedade
> Parece-nos, enfim, que as reflexões que devem permear a questão consistem em encontrar uma resposta que permita obter-se um processo que seja iluminado pelos valores constitucionais, inclusive o da duração razoável do processo, mas que não dispense as formalidades mínimas, nem tampouco dispense a observância de outras garantias, tais como da segurança jurídica.

A gestão e atuação do Poder Judiciário devem fundamentar-se, portanto, em uma visão ampliada do conceito de acesso à justiça, que vai além do acesso ao Poder Judiciário, incluindo-se o conceito de satisfação do jurisdicionado a uma justiça justa. Neste sentido, a atuação do CNJ pode ser representada doutrinariamente pela teoria das "ondas de acesso à justiça", escrita originalmente em 1978, de autoria de Mauro Cappelletti (1988) e colaboração de Bryant Garth. A primeira e a segunda onda de acesso à justiça retratam o acesso formal ao Poder Judiciário, ao passo que a terceira onda fala do sentido axiológico do acesso à justiça, ou seja, o acesso a uma justiça justa.

As políticas com vias a tornar o processo judicial mais célere repercutem indubitavelmente na satisfação do jurisdicionado, mas igualmente estão relacionados a aspectos formais do procedimento. Na terceira onda de acesso à justiça, o que se destaca é a importância da qualidade do procedimento, a fim de que tenha um resultado satisfatório para as partes envolvidas. É neste sentido que a política de tratamento adequado de conflitos se amolda aos objetivos da terceira onda de acesso à justiça teorizada por Cappelletti, denominada de acesso à justiça material, em contraponto ao acesso à justiça formal preconizado nas duas primeiras ondas.

Quando se fala de meios adequados de solução de conflitos, remete-se ao sentido próprio do termo "adequado"; adequado a determinados tipos de conflitos. Dentre os meios adequados, tem-se a mediação, a conciliação, a arbitragem e o processo judicial. Ultrapassado o movimento dos "meios alternativos de solução de conflitos", alternativos à crise do Poder Judiciário, resultado da lentidão de seus processos, os mecanismos devem ser utilizados a depender da natureza do conflito e de suas peculiaridades.

Isso quer dizer que é um equívoco falar hoje de "meios alternativos" ou de "mecanismos extrajudiciais" de solução de conflitos; na verdade, há determinado mecanismo adequado a solucionar determinados conflitos, a exemplo dos conflitos que envolvem relação

continuada, em que a mediação seria o meio mais adequado por ir a fundo nos fatos e sentimentos que envolvem aquela relação e assim resolver o conflito, resguardando e transformando o relacionamento, para fins de garantir uma boa administração de futuros conflitos. Ou ainda da conciliação, adequada a solucionar conflitos onde não exista relação continuada e que possa ser transacionado, a exemplo de conflitos consumeiristas e trabalhistas.

Ainda falando da adequação aos tipos de conflito, o processo judicial é salutar às questões que envolvam direitos de ordem cogente, como os de natureza tributária, administrativa, etc.; enquanto a arbitragem está adequada a solucionar questões de direito patrimonial disponível, cujas partes estão em condições isonômicas para exercer sua autonomia, uma vez que no processo de arbitragem, apesar de ser uma heterocomposição, o princípio que rege o procedimento da arbitragem é a autonomia das partes em consenso, que em vários momentos – desde a eleição da arbitragem, a escolha do árbitro ou da instituição, a definição dos procedimentos do processo, e muitos outros – são eleitos pelas partes em consenso.

Quando se fala em "estar adequado", quer dizer que pode, inclusive do ponto de vista legal, ocorrer a solução de conflitos de natureza familiar, por exemplo, por meio do processo judicial ou da conciliação. O que está a se destacar é a adequação dos mecanismos à natureza e peculiaridades dos conflitos, para que se efetive não somente o acesso ao Poder Judiciário e a solução do conflito, mas também o acesso a uma justiça justa, de qualidade e com segurança jurídica e a transformação de uma relação polarizada em uma relação cooperativa.

Tal ponderação quanto à nomenclatura dos mecanismos de solução de conflitos é necessária para que fique clara a ambiência na qual a mediação de conflitos está a se desenvolver, em um contexto onde não se exclui a importância de cada modalidade de processo. Ao contrário, enfatiza-se a importância de todos, desde que sejam utilizados na solução dos casos em que sejam adequados, e assim vê-se efetivado o direito fundamental ao acesso à justiça justa[1].

2. PECULIARIDADES DA MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL E DA MEDIAÇÃO JUDICIAL

[1] Quando se fala do justo, refere-se ao senso comum de satisfação das partes envolvidas no processo de solução de seus conflitos. Neste artigo não se aprofundam as teorias de realização da justiça, como fora feito no artigo que tratou das quotas nas universidades, quando se remontou às teorias de Jonh Rawls, Amartya Sen e Dworkin (POMPEU; SIQUEIRA, 2013).

A ESSENCIAL PARTICIPAÇÃO DA ADVOCACIA NO PROCESSO DE MEDIAÇÃO JUDICIAL PARA A EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E DA SEGURANÇA JURÍDICA

Como dito anteriormente, a mediação de conflitos passou a se difundir no Brasil na década de 1990, sem ser regulamentada por lei. Os primeiros relatos da prática da mediação foram da mediação extrajudicial comunitária, em cenários de exclusão socioeconômica; indivíduos excluídos do acesso à justiça formal e material nos bairros de baixa renda. A infraestrutura de organização urbana dos bairros de baixa renda se caracteriza por ser horizontal, na sua maioria, em unidades unifamiliares, e muito próximas uma das outras, onde o relacionamento interpessoal é mais intenso entre vizinhos. Também se caracteriza pela precariedade de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos, e emprego e renda inadequados a suprir necessidades básicas que garantam a satisfação da dignidade humana. A situação limite em que vivem os cidadãos faz com que os ânimos se acirrem e os conflitos interpessoais ocorram de forma mais frequente, motivando o surgimento de mecanismos efetivos de solução de conflitos, a exemplo da mediação extrajudicial comunitária.

Entretanto, a mediação extrajudicial comunitária foi conquistando outros espaços públicos, sobretudo os de exercício da cidadania e participação democrática nas políticas públicas. Destaca Braga Neto e Sales (2012) que a mediação comunitária agrupa-se em três grandes eixos: o primeiro referente a conflitos dentro da comunidade (família, vizinhança, etc.); o segundo eixo referente a conflitos públicos, com múltiplas partes, compostas de vários grupos (Estado, Ministério Público, associações, etc.); e o terceiro grupo referente a conflitos interculturais, resultado da diversidade cultural no âmbito da religião, de indivíduos com necessidades especiais, em situação de vulnerabilidade, etc.

Neste contexto, a mediação de conflitos comunitária configura-se como eficiente mecanismo de exercício da cidadania, de pacificação e de inclusão social, indo além do acesso à justiça em qualquer de suas instâncias, formal ou material. A mediação comunitária caracteriza-se por ter mediadores voluntários, majoritariamente pessoas da própria comunidade mediada e de confiança destas. Diante dos três eixos de mediação comunitária, verifica-se que cada âmbito de atuação da mediação deve ter especificado o programa de formação do mediador e o processo de mediação.

No primeiro eixo, o objetivo central é a recuperação do diálogo e a transformação da relação das partes envolvidas por se tratar de questões com alta carga de sentimentos, geralmente conflitos familiares e de vizinhança. Neste eixo identifica-se a necessidade de advogado caso haja a homologação judicial do acordo firmado ou, ao menos, na qualidade de assessor do mediador e dos mediados, pois nestes ambientes o objetivo central é a

convivência pacífica na comunidade. Já os outros dois eixos são espaços de exercício da cidadania e da concretização da participação social nas políticas públicas. Ou seja, verdadeiro instrumento de concretização da democracia e empoderamento individual (MARTINS, 2003). Nestes dois eixos, mais do que a presença de advogados, que é necessária, há também a exigência de capacitação dos mediadores nas matérias dos conflitos mediados, pois sua estrutura e efeitos são bem mais formais que o da mediação do primeiro eixo, por se tratar, aquelas, de questões que envolvem grupos sociais e o próprio Estado.

É fato que em qualquer dos eixos há necessidade de capacitação do mediador "com um conteúdo mínimo teórico e posteriormente prático, sempre supervisionado por mediadores de maior experiência"; e mais: "Deve primar por um aprendizado que privilegie a prática e permita incorporar todas as técnicas da mediação, que nada mais são do que ferramentas de trabalho fundamentais para o mediador" (2012, p. 25-26). Para fechar a questão quanto à não restrição da mediação comunitária à classe social desabonada, os mesmos autores afirmam que:

> [...] o que deve ser legitimado de forma indistinta é o pressuposto básico da razão de existir de tais projetos, que é o de privilegiar a resolução ou transformação dos conflitos por intermédio de um método mais pacífico, que estabelece ou melhor restabelece o diálogo entre todos os membros da sociedade como um todo, não fazendo qualquer distinção com relação a credos, raças e, em especial, classes sociais (2012, p. 28).

Outra forma de mediação extrajudicial, além da comunitária, é a mediação realizada por instituições particulares ou por mediadores individuais que se propõem a solucionar conflitos fora da alçada do Poder Judiciário, de maneira onerosa. Estes tipos de mediação podem versar sobre várias matérias, tendo a possibilidade de serem ou não homologados os acordos judicialmente, a depender da natureza cogente ou não do objeto do acordo e da vontade das partes envolvidas. Nesta modalidade não há controle da instituição pública, razão pela qual também comumente não há resultados quantitativos ou qualitativos que possam gerar pesquisa científica.

A mediação extrajudicial, seja ela comunitária, institucional ou individual (MARTINS, 2004), não tem seu foco principal na solução pontual de determinados conflitos, nem muito menos preocupa-se com as garantias de exigibilidade dos acordos firmados em sede de mediação. A mediação extrajudicial, sobretudo a comunitária, tem seus objetivos pautados na pacificação social e na transformação das relações, ou seja, em aspectos amplos, de alcance a médio e longo prazo, por se tratar de verdadeira transformação de cultura e instrumento de participação e inclusão social. É o que se depreende das lições de Warat (2004, p. 60):

> A mediação seria uma proposta transformadora do conflito porque não busca a sua decisão por um terceiro, mas, sim a sua resolução pelas próprias partes que recebem auxílio do mediador para administrá-lo. A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco tem como única finalidade a obtenção de uni acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinaram uni choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa.

Com os resultados positivos da mediação extrajudicial comunitária, o Poder Judiciário, por meio da Resolução n° 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, reconheceu a importância da mediação como meio de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. A Resolução ratifica a importância da mediação como meio de se efetivar o acesso à justiça, que deve ir "além da vertente formal perante os órgãos judiciários", implicando "o acesso à ordem jurídica justa" (BRASIL, 2010), e reconheceu em seus considerandos que:

> a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;

O Projeto de Lei nº 8046/10, referente ao "novo" Código de Processo Civil, que teve seu texto aprovado no dia 26 de março de 2014 pela Câmara dos Deputados, faltando a aprovação do texto pelo Senado Federal, regulamenta os meios consensuais para a solução de conflitos, mediação e conciliação, e estimula magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público à realização da mediação ou da conciliação nos dois âmbitos, pré-processual e processual, tanto no início como em qualquer fase do processo judicial.

O referido projeto estabelece que o Tribunal poderá criar um setor de mediação ou estimular programas de autocomposição, além de determinar quais princípios serão observados na mediação e na conciliação, tais como os princípios da independência, da neutralidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade. O Projeto de Lei do CPC prevê ainda a criação pelo tribunal de um registro de mediadores e conciliadores que estarão habilitados na mediação e conciliação judicial. Trata da capacitação dos mediadores e conciliadores, conforme os parâmetros já definidos na Resolução 125/2010 do CNJ. Os mediadores e conciliadores poderão ser escolhidos pelas partes ou nomeados pelo Tribunal, dentre aqueles constantes da lista do Tribunal.

O que se depreende da Resolução 125/2010 do CNJ, do Projeto de Lei do CPC e do Manual de Mediação Judicial (AZEVEDO, 2013), é que a mediação judicial segue os mesmos parâmetros principiológicos e procedimentais da mediação extrajudicial, o que no mínimo

representa um equívoco por parte dos legisladores (CNJ e Congresso Nacional). Ora, como visto, a mediação extrajudicial, sobretudo a comunitária, tem objetivos distintos da mediação judicial, além de se processar em ambientes também distintos. Neste sentido, defende-se ser razoável que se estabeleçam diferenças na condução da mediação judicial, sendo a principal objeto de estudo do presente trabalho, o papel do advogado na mediação judicial.

3. O PAPEL DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO JUDICIAL PARA GARANTIR A SEGURANÇA JURÍDICA AOS MEDIADOS

O artigo 133 da Constituição Federal estabelece que "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei" (BRASIL, 1998). E o Código de Ética e Disciplina da OAB, em seu artigo 2º, diz que o advogado "é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinado à atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce" (BRASIL, 1994).

A natureza da advocacia é de serviço público[2] por ser essencial à administração da justiça, uma das três funções precípuas do Estado, e por isso deve atender à sua função social. A advocacia é, pois, a concessão de um serviço público, prestado por particular. E na condição de serviço público deve atender ao bem comum, sendo portanto essencial para a concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visto que a advocacia é indispensável à função jurisdicional – um dos instrumentos mais importantes de participação do cidadão para a defesa do meio ambiente.

O Estatuto da Advocacia trata da atividade e dos direitos do advogado – inscrição na OAB, sociedade de advogados, advogado empregado, honorários advocatícios, incompatibilidades e impedimentos da profissão, ética do advogado, infrações e sanções disciplinares, fins e organização da OAB (Conselhos Federal, Seccional e Subseção), Caixa de Assistência dos Advogados, eleições e mandatos dos membros de órgãos da OAB, processo disciplinar. Enfim, trata do exercício da advocacia, bem como da organização e função da OAB.

[2] "Serviço público" não deve ser confundido com serviço estatal. Serviço público é aquele de interesse geral, que visa ao bem comum, podendo ser exercido por particular ou pelo Estado. Já o serviço estatal é aquele exercido pelo Poder Público.

A ESSENCIAL PARTICIPAÇÃO DA ADVOCACIA NO PROCESSO DE MEDIAÇÃO JUDICIAL PARA A EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E DA SEGURANÇA JURÍDICA

A Ordem dos Advogados do Brasil vem apoiando a implementação da Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos, vez que os advogados, parte importante neste processo de mudança de cultura jurídica da litigiosidade para a consensualidade, não necessariamente tiveram formação para o exercício da advocacia no ambiente de consensualidade. A advocacia historicamente é pautada na lide, com o clássico conceito de Carnellutti (2000) de pretensão resistida, não interessando para o Direito o conflito de interesses, aquele ainda não manifestado, pretendido e resistido.

Qualquer processo de mudança de cultura é paulatino e há muita resistência. Resistência esta resultado, muitas vezes, do desconhecimento de causa, razão pela qual, além da capacitação dos membros do Poder Judiciário (juízes e serventuários), previsto na Resolução 125/2010 do CNJ, a OAB e as Instituições de Ensino Superior (IES) também são parte essencial neste processo. A Resolução 125/2010 do CNJ destaca a importância da participação da OAB e das IES (BRASIL, 2010):

> Art. 6º Para desenvolvimento dessa rede, caberá ao CNJ:
> [...]
> V – buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, bem como que, nas Escolas de Magistratura, haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento;
> VI – estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios;

O Projeto de Lei nº 8046/10 (Código de Processo Civil), em seu artigo 335, §9º, prevê que "as partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos" (BRASIL, 2010). Enquanto que o Projeto de Lei nº 7169/2014 (Mediação judicial e extrajudicial), em seu artigo 16, *caput*, faculta a presença do advogado na sessão de mediação, seja ela judicial ou extrajudicial (BRASIL, 2014). Ambos os projetos de lei não exigem que o mediador tenha formação jurídica e vínculo a uma entidade de classe, neste caso, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Em notícia do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe criticam o Projeto de Lei de mediação (IBDP, 2014):

> O Projeto de CPC contempla a obrigatoriedade da presença do advogado ou defensor público na audiência de conciliação e mediação (art. 342, par. 9º). No PL essa presença é meramente facultativa (art.16, caput), só havendo possibilidade de a outra parte solicitar defensor ad hoc se a outra estiver assistida por advogado (parágrafo único do art. 16). Isto vulnera o Estatuto da OAB.

Neste sentido, mesmo diante do perfil de litigiosidade da classe de advogados, esta é essencial na mediação judicial. Indo além do que defendeu Grinover e Watanabe, defende-se a necessidade da presença do advogado não somente como assistente das partes, mas também como mediador. A transformação da cultura de litigiosidade para a cultura da consensualidade deve ser trabalhada em conjunto por todas as instituições partícipes do mundo jurídico – Poder Judiciário, OAB, Ministério Público, Defensorias, IES, etc. Simplesmente dizer que o advogado não tem perfil para mediar é querer se esquivar de um problema que faz parte deste processo de mudança.

Achar que é melhor e mais fácil capacitar um leigo em ciência jurídica do que capacitar um advogado em mediação é olvidar-se da importância da educação jurídica, do ensino superior e tudo mais que envolve a formação do profissional. Afinal, a mediação judicial se processa no âmbito do Poder Judiciário, seja pré-processual ou processual. O acordo será constituído em título executivo judicial, por meio de sentença homologatória de acordo. Sendo assim, toda a condução do diálogo desembocará no título judicial, devendo portanto ser pautada, dentre outros, na legalidade.

Chama-se atenção para a multiplicidade de áreas do direito que um só caso pode perpassar. A complexidade dos casos que transitam por vários ramos do Direito exige conhecimento jurídico apurado, para que os acordos tenham sustentabilidade jurídica e sustentabilidade em seu cumprimento. Os acordos firmados têm repercussão imediata e mediata na vida dos jurisdicionados, bem como um alcance mediado nas demais relações sociais. Não se pode tratar um procedimento no âmbito do Poder Judiciário com amadorismo. Suas repercussões exigem responsabilidade e compromisso com o cidadão individualmente e com a sociedade.

Outro fator que se destaca é a complexidade das técnicas da mediação de conflitos, que merecem capacitação e estudo formal aprofundados. Da leitura das obras de Luis Alberto Warat (2001 e 2004) e Tânia Almeida (2014), afere-se que, mesmo a mediação sendo um procedimento menos formal que o processo judicial, as técnicas utilizadas no procedimento de mediação são bem mais complexas do que as do processo judicial, por envolver a prática do diálogo e da comunicação entre partes que se encontram em situação de conflito.

CONCLUSÃO

Diante do elevado grau de litigiosidade no contexto do Poder Judiciário, diagnosticado no Relatório de Justiça em Números do CNJ (2013), vislumbra-se a premente necessidade de caminhar na mão inversa da judicialização dos conflitos. Para se alcançar este processo

inverso de desjudicialização, analisou-se a mediação judicial e extrajudicial, e as peculiaridades de cada procedimento no contexto do Estado Democrático de Direito, com vias à efetivação do direito fundamental do acesso à justiça.

É neste sentido que se defende a utilização de meios adequados de solução de conflitos para a concretização da terceira onda de acesso à justiça. Contesta-se a teoria dos meios alternativos ou meios consensuais ou meios extrajudiciais como saídas para a crise do Poder Judiciário. Defende-se que todos os mecanismos podem ser efetivos, sobretudo se forem utilizados para solucionar conflitos adequados às peculiaridades de cada mecanismo, seja ele o processo judicial, a conciliação judicial ou extrajudicial, a mediação judicial ou extrajudicial, ou a arbitragem.

Não restam dúvidas de que a mediação de conflitos é importante instrumento de efetivação do acesso à justiça na solução de conflitos que versem sobre relação continuada e, consequentemente, em que as partes envolvidas tenham relação de (des)afeto. A mediação possibilita recuperar o diálogo e transformar a relação de disputa em relação de cooperação. A visão positiva do conflito e a ampliação do espectro do objeto mediado fazem com que não somente o conflito que foi levado à solução seja resolvido, mas os reais conflitos que o motivaram sejam também redimensionados no caminho da transformação das partes envolvidas.

A mediação de conflitos pode ser classificada quanto a seu âmbito em judicial e extrajudicial. A mediação extrajudicial vai além do objetivo de solucionar conflitos, uma vez que é instrumento de inclusão, pacificação, empoderamento, cidadania e democracia. Defende-se, então, que haja capacitação dos mediadores tanto nas técnicas da mediação quanto na natureza dos conflitos mediados. Considerando as múltiplas partes envolvidas e os múltiplos interesses, o procedimento de mediação vai exigindo técnicas mais apuradas para se chegar aos objetivos esperados pelas partes.

Quando se fala da mediação judicial, acrescenta-se à necessidade de capacitação nas técnicas autocompositivas a formação superior do mediador em educação jurídica superior. Não é possível olvidar a participação do advogado em nenhum dos dois momentos: nem na condição de mediador, nem na condição de assessor das partes envolvidas. Permitir que um mediador judicial não tenha formação acadêmica da educação jurídica superior é pôr em risco a segurança jurídica das partes envolvidas, haja vista que seu resultado, o acordo, será homologado por sentença e constituir-se-á em título executivo judicial.

A simples participação do advogado no momento de elaboração do documento a ser chancelado pelo juiz não oferece a necessária sustentabilidade do acordo firmado; nem muito menos a participação do advogado na condição de assessor das partes envolvidas, ou o advogado como consultor do mediador, supre a falta de formação acadêmica do mediador. O mediador tem a importante função de conduzir e recuperar o diálogo no curso do procedimento, para melhor solução dos conflitos diante da realidade daquelas partes mediadas. A solução de um conflito familiar, por exemplo, envolve, dentre outras questões de natureza familiar, a previdenciária e a sucessória. Dizer que um mediador com formação jurídica pode conduzir o procedimento da mesma forma que um leigo em direito é, no mínimo, incoerente.

Mais uma vez, para evitar incompreensões sobre o que se defende, não se despreza a importância das técnicas de mediação de conflitos. Ao contrário, evidencia-se o alto grau de complexidade das técnicas e a necessidade de uma capacitação dos mediadores e de todas as partes envolvidas neste processo, inclusive com a participação de comediadores especialistas nas sessões, a exemplo de assistentes sociais, psicólogos e psiquiatras na solução de conflitos interpessoais.

Nesta ocasião as seguintes reflexões são invocadas: É mais adequado que o ofício de mediador judicial seja exercido por indivíduos sem formação jurídica com capacitação e aperfeiçoamento em técnicas de mediação de conflitos ou por advogado também com formação em técnicas de mediação? É viável ao mediador conduzir todo o procedimento de mediação judicial dominando somente as técnicas de mediação, sem conhecimento jurídico? Enfim, qual o lugar do advogado no procedimento de mediação judicial?

A mediação judicial deve ser analisada de forma desapaixonada, atendendo-se às peculiaridades da realidade da mediação judicial, que difere da mediação extrajudicial. Não se quer reduzir a mediação à garantia e defesa de direitos, mas sim proporcionar que o acordo realizado, atendidas as técnicas da mediação, tenha a garantia e a segurança jurídica de exigibilidade e sustentabilidade em seu cumprimento, haja vista que se processam na ambiência do Poder Judiciário, no contexto do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tânia. **Caixa de ferramentas em mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014.

AZEVEDO, André Goma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília: FUB, CEAD, 2013.

BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lilia Maria de Moraes (org.). A mediação de conflitos no contexto comunitário. In: **Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extrajudiciais de resolução de conflitos.** Rio de Janeiro: GZ, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado 1988.

BRASIL**. Resolução n 125 de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-dapresidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em: 1º nov. 2013.

BRASIL. **Lei nº 8906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, DOU de 04 de julho de 1994.

BRASIL . PL 8046/2010. **Dispõe sobre o Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acesso em 30 jul. 2014.

BRASIL . PL 7169/2014. **Dispõe sobre a Mediação entre particulares como meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606627> Acesso em 30 jul. 2014.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: mediação, conciliação, Resolução n° 125 do CNJ. 2ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. Reimpresso em 2002.

CARNELUTTI, Francesco**. Instituições do Processo Civil.** Vol. 1. Tradução de Adrian Sotero de Witt Batista. São Paulo: Editora Classic Book, 2000.

COHEN, Diane. **Evaluative mediation**. Disponível em: <http://www.mediate.com/articles/CohenDbl20110321.cfm>. Acesso em: 22 jul. 2014.

CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA). **Justiça em números 2013**: ano-base 2012. Brasília: CNJ, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>. Acesso em: 21 ago. 2014.

COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Poder judiciário, justiça e eficiência: caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva? In: **Justiça e [o paradigma da] eficiência**: celeridade processual e efetividade dos direitos [recurso eletrônico]. SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZAROBA, Orides; COUTO, Mônica Bonetti; SANCHES, Samyra Haydêe Del Farra Nasponili [coords.]. Curitiba: Clássica, 2013.

IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). **Especialistas criticam projeto de mediação.** Notícias, 09maio2014. *In*: <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?especialistas-criticam-projeto-de-mediacao>. Acesso em: 2 jul. 2014.

MARTINS, Dayse Braga. A mediação no processo de democratização do estado. In: **Estudos sobre mediação e arbitragem.** Rio de Janeiro, São Paulo, Fortaleza: ABC Editora, 2003.

_____. A mediação de conflitos e suas instituições. In: **Mediação em perspectiva.** Orientações para mediadores comunitários. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004.

OAB. Conselho Federal. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, 1995.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; SIQUEIRA, Natércia Sampaio. Realização da justiça, oportunidade e capacidade: da igualdade formal à igualdade material no que concerne ao acesso à educação superior dos negros por meio do sistema de quotas nas universidades. In: **Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais**: um diálogo Brasil e Alemanha. ALEXY, Robert et al. (orgs.). Joaçaba: Unoesc, 2013.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Vol. I. Florianópolis: Habitus, 2001.

_____. **Surfando na pororoca**: ofício do mediador. Vol. III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.