

de normas do CDC, segundo a solução recomendada pela doutrina e pelos subsídios do direito comparado, deve ser orientada “pela adequada articulação entre os princípios gerais reproduzidos naquele Código e a tutela especial contida na Lei das Incorporações, de modo a evitar distorções que frustrem o escopo e a economia do contrato”;<sup>46</sup>

c) No caso da incorporação, a aplicação do CDC deve ser feita “com parcimônia, ajustando-se a generalidade e a abstração da regra jurídica à realidade da produção do produto, aplicando-se, no que for cabível, as normas especiais e codificadas vigentes”;<sup>47</sup>

d) Existindo lacuna na disciplina da incorporação imobiliária que recomende a aplicação do CDC, “sua incidência há de ser feita de acordo com a finalidade econômica do contrato de modo a preservar sua função social”.<sup>48</sup>

Enfim, o contrato de incorporação, por envolver relação de consumo, está sujeito ao regime do CDC, não para afastar a incidência da Lei nº 4.591/64, mas para resolver problemas de cláusulas abusivas, propaganda enganosa, defeitos do produto ou do serviço, etc.

## O moderno conceito de acesso à Justiça e os métodos alternativos de solução de conflitos – A mediação e a escolha do mediador

JOSÉ ROBERTO DE ALBUQUERQUE SAMPAIO  
Advogado. Professor convidado da EMERJ. Mestrando em Direito Processual na UERJ. Pós-graduação em Direito Norte-Americano e instituições legais pela Universidade de Wisconsin.

SUMÁRIO: 1. A doutrina de Cappelletti e os métodos alternativos de solução de conflitos. 2. A mediação. 2.1. Conceito e personagens. 2.2. Problema: qual instituição deve ser responsável pela promoção da mediação? Quem deve ser o mediador? 2.3. Problema: outras respostas. 2.4. A experiência argentina. 2.5. A experiência americana. 2.6. Outras experiências. 2.7. Experiências estrangeiras: conclusão preliminar. 2.8. O projeto de lei brasileira de mediação. 3. Conclusão final.

### 1. A DOUTRINA DE CAPPELLETTI E OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Quando se fala em acesso à Justiça, o primeiro nome que nos vem à mente é o do consagrado mestre italiano Mauro Cappelletti. Idealizador e co-executor de profunda pesquisa realizada em diversos países da Europa e das Américas – conhecida como “Projeto de Florença” – Cappelletti logrou reunir dados concretos sobre diferentes sistemas jurídicos, integrados a diferentes culturas. Lastreado nas informações colhidas neste

trabalho e sob o foco de uma visão tridimensional do Direito Processual, Cappelletti construiu sua doutrina de acesso à Justiça.

Segundo Cappelletti, “nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica”.<sup>1</sup> Partindo desta premissa, este eminente processualista faz uma censura contundente ao “enfoque formalístico prevaletente, por muito tempo, em grande parte do mundo ocidental”.<sup>2</sup>

Para a melhor compreensão destas proposições, torna-se necessária uma sintética digressão à histórica do Estado de Direito. A ruptura de regimes fortes repressores

1 Diz Cappelletti: “Nossa tarefa, neste relatório, será a de delinear o surgimento e desenvolvimento de uma abordagem nova e compreensiva dos problemas que esse acesso apresenta nas sociedades contemporâneas. Essa abordagem, como se verá, vai muito além das anteriores. Originando-se, talvez, da ruptura da crença tradicional na confiabilidade de nossas instituições jurídicas e inspirando-se no desejo de tornar efetivos – e não meramente simbólicos – os direitos do cidadão comum, ela exige reformas de mais amplo alcance e uma nova criatividade” (Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à Justiça*, tradução Ellen Gracie Northfleet, Sergio Antonio Fabris Editor).

2 Trecho colhido do relatório de Abertura do Simpósio Jurídico W. G. Hart sobre a Justiça Civil e suas alternativas, realizado em Londres, em 7.9.1982. *Vide*: Mauro Cappelletti, “Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no quadro do movimento Universal de Acesso à Justiça”, in *Revista de Processo* nº 74, p. 82, tradução do inglês por J. C. Barbosa Moreira.

46 *Idem*, p. 319.

47 Everaldo Augusto Cambler, *ob. cit.*, p. 71.

48 Melhim Namen Chalub, *Da incorporação imobiliária*, cit., nº 9.05, p. 320.

de liberdades, ordinariamente, conduz à radicalização dos ideais opostos. O novo regime, nascido, no mais das vezes, de um violento movimento reacionário, tende a ser não intervencionista e garantidor das liberdades individuais. A queda dos regimes absolutistas monárquicos na Europa, entre o século XVIII e o início do século XX, seguiu esta lógica. De um Estado predador, repressor das massas, voltado para satisfação dos interesses de uma minoria, surgiu um Estado "liberal" menos presente, focado na garantia das liberdades individuais da maioria. Estes traços deste novo Estado foram consagrados na expressão "*Laissez-faire, Laissez-Passer*". As liberdades civis e políticas desta época, contudo, eram meramente "uma promessa fútil, na verdade um engodo para aqueles que, por motivos econômicos, sociais e culturais, de fato não são capazes de atingir tais liberdades e tirar proveito delas".<sup>3</sup> Não tardou, começaram a surgir críticas ao Estado "liberal".<sup>4</sup>

A doutrina de Cappelletti, como ele mesmo explicita, tem sua origem primordial no cepticismo normativo decorrente da descrença do modelo "liberal" do Estado de Direito. Não bastava apenas assegurar, no ordenamento positivo, o direito. Era necessário torná-lo efetivo, ou seja, "em vez de uma concepção contextual do direito, unidimensional, que se limita à declaração de normas, afirma-se uma concepção tridimensional, em que: (i) uma primeira dimensão reflete o problema, necessidade ou exigência social que induz à criação de um instituto

jurídico; (ii) a segunda dimensão reflete a resposta ou solução jurídica, por sinal uma resposta que, além das normas, inclui as instituições e processos destinados a tratar daquela necessidade, problema ou exigência social; (iii) enfim, uma terceira dimensão encara os resultados, ou o impacto, dessa resposta jurídica sobre a necessidade, problema ou exigência social".<sup>5</sup>

Dentro desta perspectiva tridimensional, cumpre aos operadores do direito um papel mais ativo, não limitado à mera descrição e interpretação de normas.

O enfoque tridimensional exige, inicialmente, ainda segundo Cappelletti, que nos "tornemos conscientes das necessidades, problemas e expectativas sociais básicas, aos quais um instituto jurídico visa dar resposta".<sup>6</sup>

E quais são essas necessidades, problemas e expectativas em relação ao processo civil?

A resposta a esta indagação, como diz Cappelletti, reflete a verdadeira "*raison d'être*" do movimento de acesso à Justiça. Consiste na necessidade de se materializar o direito de forma efetiva para todos aqueles que são contemplados pela lei, sem distinções de ordem cultural ou econômica – precisamente aquilo que Chiovenda esperava do processo.<sup>7</sup>

E quais são as dificuldades ou obstáculos que tornam, na realidade, a Justiça inacessível para grande parte da população mundial? Cappelletti identifica três.

3 Ob. cit., nota 2.

4 Voltaram, então, os Estados absolutistas, denominados de totalitários. Embora fundados em ideais democráticos, foram responsáveis pela supressão das liberdades individuais. Estes Estados totalitários caracterizados, como as monarquias absolutistas, por um forte poder central repressor, polarizaram-se em dois extremos: os que preservaram o regime capitalista, adaptado aos seus ideais – p. ex., Alemanha nazista, Itália fascista, Espanha franquista, etc. –, e os que adotaram o regime comunista – p. ex., a Rússia e a China comunistas. Hoje, podemos afirmar que, em sua esmagadora maioria – quiçá totalidade –, estes modelos de Estado fracassaram. A moderna concepção de Estado, assimilada pelas sociedades mais desenvolvidas, pressupõe, a um só tempo, a garantia das liberdades individuais e uma atuação do poder central no sentido de torná-las efetivas. Este é o verdadeiro significado de Estado Social Democrático. Observamos que o conceito de "Acesso à Justiça" de Cappelletti se inspira, precisamente, nesta nova concepção de Estado Social Democrata.

5 Ob. cit., nota 2.

6 *Idem, ibidem*.

7 Giuseppe Chiovenda disse que "o processo deve dar a quem tem o direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter".

O primeiro deles é o "obstáculo econômico, isto é, a pobreza de muitas pessoas que, por motivos econômicos, nenhum ou pouco acesso têm à informação e à representação adequada".<sup>8,9</sup>

O segundo é o "obstáculo organizacional" que se exterioriza quando se está diante de interesses difusos. Para Cappelletti, nesta hipótese, "ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo que buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação".<sup>10</sup> Vale lembrar, a propósito, o que disse o Prof. Roger Perrot sobre os consumidores titulares de direitos difusos: "*Le consommateur c'est tout et c'est rien*".<sup>11</sup>

O terceiro obstáculo foi chamado por Cappelletti de processual, significando que "em certas áreas, são inadequados os tipos ordinários de procedimento". Há determina-

dos litígios para os quais o processo contencioso tradicional não é a melhor solução. Este obstáculo deu origem a denominada "terceira onda de movimento de acesso à justiça" que, atualmente, especialmente no Brasil, continua em processo de vigoroso crescimento.

Dentre as alternativas propostas por Cappelletti para superação deste terceiro obstáculo está a busca de métodos alternativos de solução de conflitos, os denominados ADR's.<sup>12,13</sup>

Em conferência pronunciada em Curitiba, em 18.11.1991,<sup>14</sup> o grande mestre italiano, ao comentar sobre o movimento pelo acesso à Justiça em sua "terceira onda", salientou a importância de se substituir a Justiça contenciosa estatal por outra, que denominou de "Justiça co-existencial", mais privativa e baseada em formas conciliatórias.

8 Dentre os obstáculos de ordem econômica, Cappelletti, com base no resultado de sua pesquisa, o famigerado "Projeto Florença", faz menção: a) aos elevados custos do processo, aí incluídas as despesas processuais e os honorários advocatícios que, notadamente nas pequenas causas, podem inviabilizar economicamente a causa; b) às possibilidades das partes, assim entendidas não só as disponibilidades financeiras das partes – "pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas" –, como também a aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa (Mauro Cappelletti e Bryant Garth, ob. cit., nota 1).

9 Este primeiro obstáculo deu origem, segundo Cappelletti, a partir de 1965, à denominada "primeira onda" reformista (de um total de três). Foram publicados trabalhos – na Inglaterra, p. ex., muitas referências podem ser encontradas, em publicações da *Society of Labor Lawyers, Justice for all*, em 1968 – e introduzidas significativas alterações em diferentes sistemas jurídicos. A primeira mudança significativa, dentro desta onda, ocorreu nos EUA em 1965, com o "*Office of Economic Opportunity*", seguida da França, em 1972, que substituiu seu sistema de assistência judiciária do século XIX, baseada em um serviço gratuito prestado pelo advogado, por outro moderno de "*securité sociale*", inteiramente custeado pelo Estado. Todavia, antes de formada esta onda, como o próprio Cappelletti admite, já havia sistemas mais eficazes de assistência judiciária – na Alemanha, em 1919, o Estado já remunerava o advogado da parte que pleiteasse esse benefício (Mauro Cappelletti e Bryant Garth, ob. cit., nota 1).

10 Mauro Cappelletti e Bryant Garth, ob. cit., nota 1.

11 Para Cappelletti, restringir a legitimação da tutela dos direitos difusos apenas aos indivíduos, no mais das vezes, sem informações, motivação ou recursos financeiros suficientes é relegar a proteção desta categoria de direito a um plano secundário. A "segunda onda" de movimento de acesso à Justiça enfrentou "o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres". Cappelletti identificou este movimento, em sua segunda versão, especialmente nos EUA, entre 1965 e 1970. O surgimento das *class actions* no Direito norte-americano, neste período, foi um marco na história da tutela dos direitos difusos. Foram superados dogmas tradicionais do estudo do processo tais como o da "citação de todos os interessados e o direito de todos estes serem ouvidos". A noção tradicional de coisa julgada, no tocante a sua extensão, foi modificada. Isto tudo pressupondo uma representação adequada do interesse difuso (Mauro Cappelletti e Bryant Garth, ob. cit., nota 1).

12 "*Alternative Dispute Resolution*", nome dado ao conjunto de regras que normatizam os procedimentos alternativos de solução de conflitos no Direito norte-americano.

13 Ob. cit., nota 2.

14 Congresso de Direito Processual organizado pelo Prof. Alcides Alberto Munhoz da Cunha. Vide Mauro Cappelletti, "Problemas de Reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas", tradução Prof. J. C. Barbosa Moreira, in *Revista de Processo* 65/126.

Citando o também processualista italiano Vittorio Denti, afirmou que esta tendência visa perseguir duas finalidades:

“a) em primeiro lugar, a finalidade de maior eficiência do aparelho da Justiça, alcançável mediante a atribuição das causas menores a órgãos de conciliação (...); b) uma segunda finalidade de ‘privatização’ dos conflitos, tendente a dar ensejo à atividade mediadora de grupos econômicos e sociais que vêm proliferando nas ‘sociedades de capitalismo avançado’.”

Resaltou a necessidade de se pôr um limite “às intervenções da máquina do Estado, que com frequência se revelou demasiado lenta, formal, rígida, burocraticamente opressiva”.

Lembrou aos críticos, que se opõem a sua proposição de desenvolvimento de uma “justiça co-existencial”, sob o argumento de que se trataria de uma justiça de “segunda classe” – integrada por pessoas sem o preparo e as garantias institucionais próprias dos magistrados –, que “a decisão judicial emitida em sede contenciosa presta-se otimamente a resolver relações isoladas e meramente interindividuais”, dirigida “a um episódio do passado, não destinado a perdurar”. Mas, presta-se mal a preservação de outros valores mais voltados para o futuro, que são melhor tratados pela “justiça co-existencial” que visa “remendar (...) uma situação de ruptura ou tensão, em vista da preservação de bem mais duradouro, a convivência pacífica de sujeitos que fazem parte de um grupo ou de uma relação complexa”.

E, por fim, concluiu:

“Sobre a justiça do caso concreto – justiça legal, técnica, profissional –, deve prevalecer, precisamente, aquela a que insisto em chamar ‘co-existencial’; ou seja, uma justiça que tenha em vista a inteira situação

na qual se inseria o episódio contencioso, e que tenda a ‘curar’, não a exasperar, a situação de tensão.”

Pretendemos restringir este pequeno estudo, a partir desta sintética introdução da idéia moderna de acesso à Justiça, à abordagem, dentre inúmeras questões relacionadas aos ADR’s propostos por Cappelletti – entre os quais se destacam a arbitragem, a conciliação e a mediação – de apenas um tema envolvendo um método alternativo de solução de conflitos (que denominaremos de “problema”): a escolha do mediador – considerando não ser possível, em texto com a dimensão deste trabalho, estender esta exposição.

## 2. A MEDIAÇÃO

### 2.1. Conceito e personagens

A mediação, no direito privado, como método alternativo de resolução de conflito não é, propriamente, uma idéia nova. Embora o ocidente sempre tenha privilegiado o ideal de luta pelo direito preconizado por Ihering, as alternativas consensuais de composição de litígios, há séculos, vêm prevalecendo no oriente e em países da África.<sup>15</sup>

Modernamente, contudo, no ocidente, há novas razões para preferir a mediação ao processo contencioso tradicional. Dentre estas razões se inclui a necessidade de dar acesso à Justiça, “a segmentos cada vez maiores da população, aliás, ao menos teoricamente, a toda a população”.<sup>16</sup>

A mediação pode ser conceituada como “um processo informal no qual um terceiro imparcial ajuda outros a resolverem um litígio ou propõe uma transação sem impor a solução. Usualmente, as partes voluntariamente participam da mediação e escolhem o

mediador, mas existem mediações compulsórias. O resultado almejado é um acordo, com força contratual”.<sup>17-18</sup>

A mediação, ordinariamente, é consensual. As partes contrapostas, em litígio, não estão, em regra, obrigadas a se socorrerem de um mediador para compor um conflito. Há, no entanto, a mediação compulsória, seja por força de lei que a institua como condição ao exercício do direito de ação – sistema argentino que será objeto de comentários adiante – seja por determinação judicial – sistema norte-americano que também será analisado a seguir.

Em consequência, a mediação pode ser instaurada por iniciativa das partes – de ambas por óbvio – quando houver consenso; por determinação legal, existindo disposição expressa de lei neste sentido e, por fim, por ordem judicial, naqueles sistemas jurídicos que a admitam. Quaisquer litígios que versem acerca de direitos disponíveis poderão ser solucionados por meio da mediação.

Integram a mediação as partes, em posições antagônicas entre si, e o mediador que pode ser um ou mais.

### 2.2. Problema: qual instituição deve ser responsável pela promoção da mediação? Quem deve ser o mediador?

Questão que tem sido objeto de vivo debate diz respeito à definição da instituição que estaria mais habilitada a promover a mediação. De igual modo, discute-se quem teria o perfil ideal para exercer a função de mediador.

Cappelletti, após qualificar de árdua esta questão, formula as seguintes indagações:

“(1) Quais as melhores espécies de instituições a promover: arbitragem, mediação, conciliação (...); (2) Quais as melhores espécies de pessoas para trabalhar em tais

instituições: leigos e, com grande frequência (...), pessoas envolvidas e pessoalmente familiarizadas com o mesmo tipo de interesses e problemas das partes?”<sup>19</sup>

Diante destes questionamentos, vejamos se é possível dar uma resposta ou, mais ainda, uma resposta uniforme, válida para todos os diferentes sistemas jurídicos, à “árdua questão” a que nos propusemos a enfrentar.

Em um mundo como o nosso, marcado por profundas desigualdades – não só econômicas como também etnológicas e culturais – ao nosso ver é difícil, senão impossível, eleger uma única instituição ou categoria de pessoas que seja a melhor, a mais adequada para executar a mediação em todos os sistemas jurídicos. A melhor escolha do mediador para uns pode não ser para outros. O que pode ser conveniente para o modelo de justiça ocidental pode não ser para o oriental. Até mesmo no oriente ou no ocidente encontraremos diversidades econômicas, etnológicas e culturais que desaconselham a adoção de um padrão inflexível.

Podemos dizer o mesmo no que diz respeito a diferentes continentes e países. Num país como o Brasil, p. ex., há significativas diferenças regionais. O que é bom para o nordeste pode não ser bom para o sudeste. Indo mais além. Dentro de uma mesma região ou Estado ou Cidade pode haver multiplicidade social de tal ordem que o mediador bom para uma causa não seja o melhor para outra.

Max Weber que, para muitos, representou para o capitalismo o mesmo que Karl Marx, para o comunismo, observando, em sua clássica obra *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*,<sup>20</sup> que o “desenvolvimento da atividade econômica no oriente – como também o científico, artístico, político” – não tomou o mesmo caminho de racionalização que seria peculiar ao ocidente”, disse:

17 Leonard L. Riskin e James Westbrook, “Dispute Resolution and Lawyers”, tradução Prof. Leonard Greco, Obridged Edition, second edition, Westgroup, St. Paul, Mim, 1998.

18 Segundo Riskin, muitas vezes usam-se os termos mediação e conciliação como sinônimos. A conciliação, todavia, seria, na visão deste jurista norte-americano, “um processo menos formal, com papel menos ativo do sujeito neutro. O conciliador é apenas um interlocutor que dialoga com as partes. O mediador é mais ativo, indo em busca da solução” (ob. cit., nota 18).

19 Ob. cit., nota 2.

20 Max Weber, “A ética Protestante e o Espírito do Capitalismo”, Martin Claret.

15 Também no Direito Internacional Público a mediação encontra profundas raízes. Há séculos, diversas nações têm se utilizado deste instrumento para solucionar conflitos entre Estados, notadamente disputas envolvendo a fixação de fronteiras territoriais. Existem tratados internacionais que disciplinam a mediação com quase 200 anos de vigência, como, p. ex., o “Tratado de União, Liga e Confederação”, assinado no Panamá em 1826 (José Carlos Brandi Alcexo, “A mediação na solução de conflitos internacionais”, in RF 352/123).

16 Ob. cit., nota 2.

“(…) cada um desses campos pode ser racionalizado em termos consoantes com valores últimos e finalidades muito diferentes, e o que é racional de certo ponto de vista poderá ser irracional, de outro.”

A nós nos parece, pois, que não há como se preestabelecer uma instituição ou uma categoria de pessoa – juiz togado, leigo ou de paz; advogado ou estudante de direito – que seria a mais adequada para conduzir a mediação em todos os sistemas jurídicos ou mesmo dentro de um sistema jurídico. Isto não significa dizer, entretanto, que não tenhamos uma resposta, ou, até mesmo, uma resposta uniforme, válida para todos os sistemas jurídicos para a “árdua questão”.

Ao nosso ver, o ideal, s.m.j., em todo e qualquer sistema jurídico, seria habilitar, oficialmente, para o desempenho desta função, diferentes instituições públicas e privadas ou recrutar indivíduos pertencentes a diversas categorias de pessoas – juízes de paz ou leigos; juízes aposentados, advogados e até mesmo estagiários – permitindo às partes ou ao juiz a escolha do mediador de acordo com as peculiaridades e necessidades do caso<sup>21</sup> –, isto sem descartar as demais instituições ou indivíduos, ainda que não habilitados oficialmente, quando se tornem úteis e se trate de mediação consensual.<sup>22</sup>

Com efeito, em um litígio envolvendo duas grandes empresas, passe o truísmo, um

estagiário, ainda que preparado tecnicamente e muito bem treinado, não seria o mediador mais recomendável.<sup>23</sup> Este mesmo estagiário, de outro lado, em uma disputa envolvendo duas pessoas com baixo grau de instrução, pode atender às necessidades do caso, sem onerar,<sup>24</sup> excessivamente, a causa.

Outro exemplo: uma contenda entre duas instituições financeiras versando sobre uma operação realizada no mercado financeiro. Um advogado que não inspire o respeito das partes e não esteja familiarizado com este assunto nunca será bom mediador. O mais apropriado, s.m.j., seria escolher um mediador do próprio mercado financeiro. Alguém que por suas características pessoais ou pelo cargo que ocupa possa se impor perante os litigantes (p. ex.: um diretor (ou ex) do Banco Central).

Exsurge, então, novo questionamento: quais os critérios que devem nortear a escolha do mediador em cada caso? A resposta a esta indagação pressupõe a fixação de algumas premissas.

Como adverte Cappelletti, o sucesso da mediação “dependerá em larga medida da autoridade do conciliador, uma autoridade que porém não deve ser a autoridade oficial do juiz<sup>25</sup> (...) mas deverá ser antes uma autoridade social – moral, cultural, política em sentido amplo – a autoridade do amigo, do vizinho, de quem, em suma, se legitime a representar dado grupo ou comunidade”.

21 Já existem no Brasil, em diversos Estados, Câmaras de Mediação e arbitragem organizadas por entidades privadas idôneas. Como exemplo, podemos mencionar no Rio de Janeiro: Câmara de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio do Rio de Janeiro (CAMARJ); Câmara de Conciliação e Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas; Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (FIRJAN) (vide Luiz Antunes Caetano, *Arbitragem e Mediação*, Atlas), onde há extensa lista enumerando as diversas Câmaras de Mediação e Arbitragem existentes nos diferentes Estados brasileiros.

22 Lembrar o caso do “ombudsmen” que, conforme define Riskin (ob. cit., nota 18), “é um oficial, indicado por uma instituição, cuja função é investigar queixas e prevenir litígios ou facilitar a sua solução dentro da própria instituição”. Ao nosso ver, trata-se de espécie de mediador. Riskin erige o “ombudsmen” à categoria de espécie de “ADR”.

23 Em tese, nesta hipótese, o melhor seria escolher um mediador que pudesse exercer alguma autoridade sobre as partes, p. ex., uma Câmara de Mediação vinculada a órgão representativo da classe, que não necessariamente deve ser composta por advogados.

24 É evidente que a contratação de um mediador mais qualificado, em regra, implica maior dispêndio. Sendo, pois, possível resolver um litígio de forma menos onerosa, não vemos razão para não o fazer, idéia que, não podemos olvidar, se identifica plenamente com a moderna concepção de “acesso à Justiça”. E mais ainda. Um mediador altamente qualificado poderá não ter estímulo para participar de mediação nestas circunstâncias, ao contrário do estudante que, em condições normais, terá interesse em realizar esta tarefa.

25 No Japão prepondera concepção diversa. Neste país, onde por força de enraizada tradição cultural os métodos consensuais de composição de conflitos gozam de enorme prestígio, grande parte das lides é resolvida por mediação a cargo do juiz (Nobuaki Iwai, “The Judge as mediator: The Japanese Experience”, in *Civil Justice Quarte*, 1991, vol. 10, pp. 108 e segs.

Um mediador sem autoridade ou ascendência, sobre as partes em litígio, é como um pai que não tem o respeito dos filhos. É essencial, para que a mediação tenha sucesso, que aquele que se propõe a mediar exerça um papel pró-ativo. As partes devem ouvi-lo com atenção e acatar suas intervenções, ainda que não haja expressa disposição legal que as obrigue a isto. A autoridade do mediador, diferentemente daquela do magistrado, não advém da lei, emana do indivíduo – p. ex., um líder comunitário –, da categoria de pessoas a que ele pertence – p. ex., um padre – ou da instituição que ele representa – p. ex., um órgão de classe como a Ordem dos Advogados. Sem esta “autoridade social”, torna-se ociosa a figura do mediador.

Leonard Riskin elenca outros requisitos, além daquele denominado por Cappelletti de “autoridade social”,<sup>26</sup> que devem estar presentes na figura do mediador, quais sejam: “independência e imparcialidade; dedicação; conhecimento do sistema de relações (...); adequado grau de compreensão da atividade de que se trata, (...) e capacidade e experiência para valorar a informação”.<sup>27</sup>

A “independência” e a “imparcialidade” são qualidades essenciais do mediador. Uma mediação subalterna a interesse de uma das partes ou de terceiros e, por conseguinte, parcial, não tenderá a “curar” ou “não exasperar a situação de tensão” – como diz Cappelletti –, mas sim a exacerba-la.

A “dedicação” é outro requisito básico do mediador. Para a mediação ser bem-sucedida, o mediador deve demonstrar interesse, atenção e empenho na obtenção do resultado. A mediação frouxa, praticada por quem nela não acredita, se vier a ser bem-sucedida, não será por causa da intervenção do mediador.

O “conhecimento do sistema de relações” entre as partes e o “grau de compreensão da atividade de que se trata”, embora não sejam requisitos essenciais – pode-se conceber uma mediação proveitosa sem esses –, configuram-se em qualidades de muita valia. Um mediador que possa entender o litígio, em toda a sua extensão e profundidade, certamente desincumbir-se-á melhor de

suas atribuições do que aquele que o ignora por completo. Saberá, se fizer bom uso deste conhecimento, aconselhar melhor as partes, sugerir soluções mais apropriadas para pôr termo à desavença, enfim, exercerá seu *munus* com maior desenvoltura e eficiência.

A “capacidade e experiência para valorar” informações constituem-se em requisitos úteis – conquanto não essenciais – pelas mesmas razões.

Acrescentaríamos outro requisito essencial não mencionado explicitamente por Cappelletti ou Riskin. Embora implícito no rol acima explicitado, consideramos ser necessário dar destaque ao requisito “idoneidade moral”. A evidência, uma pessoa ou instituição de moral duvidosa, ainda que competente, ainda que demonstre resultados, não pode exercer a função de mediador. Os acordos obtidos, por meio do mediador inidôneo, estarão sempre sob suspeita, o que, ao invés de desestimular a litigiosidade – finalidade precípua deste ADR –, poderá, ao contrário, incentivar a proposição de demanda judicial.

Não consideramos ser necessária formação jurídica para o mediador executar com êxito sua tarefa. Um exemplo poderá expressar melhor nossa concepção sobre o tema: o padre. Um pároco não seria um bom mediador? Acreditamos que sim, caso reúna os requisitos acima elencados – independentemente de ter ou não conhecimento de leis e princípios a ela correlatos.

Acreditamos que, por diferentes razões, padres não seriam cogitados para exercer, oficialmente, esta função – conquanto a executem, informal e cotidianamente, em suas paróquias. Mas imaginamos que, em muitos casos, notadamente naqueles em que as pessoas devotam respeito aos clérigos, a nomeação de um padre como mediador poderia ser uma boa opção.

Outro exemplo que pode ser mencionado que bem reflete esta idéia é: o oficial militar. Em um litígio entre dois cadetes ou dois soldados não seria uma boa escolha de mediador um oficial superior? Tendo este os atributos acima elencados, entendemos que a resposta não pode ser outra senão a afirmativa.

26 Riskin denomina a “autoridade social” de Cappelletti de “ascendência”.

27 Ob. cit., nota 18.

Sobre este ponto, podemos sugerir como parâmetro o modelo brasileiro de arbitragem. De acordo com o art. 13 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, "qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes" poderá ser árbitro.

Ora, se para ser árbitro, que, como sabido, tem atribuições para afirmar a vontade concreta da lei, não é necessário ter formação jurídica, não vemos por que fazer esta exigência para o mediador, cujas atribuições essenciais não demandam conhecimento de leis.

Em resumo, o mediador ideal, portanto, será aquele que reunir, além dos requisitos essenciais acima elencados – "autoridade social" ou "ascendência"; "independência" e "imparcialidade"; "dedicação" e idoneidade moral –, os requisitos "úteis" também acima listados – "conhecimento do sistema de relações e grau de compreensão da atividade de que se trata"; "capacidade e experiência para valorar". Não importa de quem se trata – juiz aposentado, leigo ou estagiário (ou padre) –, quanto mais próxima destes pressupostos a escolha do mediador, melhor será o resultado da mediação.

A habilitação oficial do mediador, por sua vez, deverá, para maior segurança dos jurisdicionados, ser controlada pelas autoridades públicas ou órgão privado com autorização legal.

É recomendável – a exemplo do modelo argentino – que o mediador, para se habilitar para o exercício desta função, se submeta a um período de aprendizado em escola especializada em mediação – também sob controle estatal.

Lembramos, por fim, que a idéia de liberdade de escolha do mediador também segue o modelo adotado, comumente, para a arbitragem, que é "prima-irmã" da mediação, sendo ambas meios alternativos de solução de conflito. Se esta solução funciona bem na arbitragem – em que, como sabido, as partes ou o juiz escolhem o árbitro – por que não

adotá-la na mediação? Ao nosso entender, não há razão para rejeitar este modelo.

A confusão que se faz entre conciliação e mediação talvez explique por que há uma tendência doutrinária em procurar uma resposta em uma determinada categoria de pessoas – advogados, p. ex., como no modelo argentino – a esta "ádua questão". Afinal, historicamente, isto em variados sistemas jurídicos, a conciliação – muitas vezes confundida com a mediação, como adverte Riskin<sup>28</sup> – tem sido conduzida, exclusivamente, ou pelo juiz,<sup>29</sup> ou por categoria de pessoa designada por lei,<sup>30</sup> ou órgão vinculado ao Poder Judiciário.<sup>31</sup>

Pensamos que, se se adotar, neste aspecto, como parâmetro a arbitragem e não a conciliação, estaríamos mais próximos de uma solução mais apropriada para este problema.

### 2.3. Problema: outras respostas

Coerente com o pensamento de Weber, o desenvolvimento do instituto da mediação se deu de forma heterogênea em diferentes países. A "questão ádua" encontrou, por conseguinte, diferentes respostas em diferentes sistemas jurídicos.

### 2.4. A experiência argentina

O embrião da edificação legislativa da mediação, no direito positivo argentino, foi a edição da Resolução nº 297/91 do Ministério da Justiça, que criou uma comissão com o propósito de elaborar um projeto de Lei de Mediação.<sup>32</sup>

Em 19 de agosto de 1992, em decorrência do trabalho desta comissão, foi editado o Decreto nº 1.480/97, publicado no *Boletín Oficial*, em 24 de agosto de 1992, que estabeleceu princípios básicos a serem adotados pelas legislações das províncias, quais sejam:<sup>33</sup>

- a) *El procedimiento será voluntario para las partes;*
- b) *El procedimiento será absolutamente informal;*
- c) *Los plazos serán prorrogables, a juicio y voluntad de las partes;*
- d) *Las partes deberán concurrir personalmente a los actos que integran el procedimiento de mediación;*
- e) *Las actuaciones de mediación serán confidenciales, aun para los jueces de la causa.*
- f) *La actividad de los mediadores se desarrollará respecto de conflictos judiciales o extrajudiciales.*
- g) *El rol de mediador se limitará a proponer a las partes soluciones posibles, quedando en poder de las mismas la decisión final. El mediador no resuelve el pleito, sino que coadyuva a que las partes lo hagan.*
- h) *Quedarán excluidas del ámbito de la mediación todas las cuestiones penales.*
- i) *Los acuerdos arribados a través de la mediación respetarán, en cada caso, las limitaciones que establezca la ley de fondo."*

Observamos que, por força deste decreto, a mediação deveria ser um procedimento voluntário.<sup>34</sup>

A Lei Federal argentina nº 24.573/95 (LFA), promulgada em 14 de outubro de 1995, contudo, tomou rumo diverso. Tornou a mediação obrigatória. A mediação passou a ser "condição de ação para todos os processos judiciais propostos na Província de Buenos Aires".<sup>35</sup>

Os mediadores, de acordo com a LFA, são habilitados, necessariamente, entre os advogados.<sup>36</sup> O quadro de mediadores é subordinado ao Ministério da Justiça.<sup>37</sup> Os honorários do mediador são fixos, sendo estabelecidos segundo critérios criados por normas editadas pelo Governo Estadual.

A mediação, no sistema argentino, pode ser a) "libre o convencional", quando as partes, antes do início da causa, escolhem um mediador dentre aqueles registrados no Ministério da Justiça (art. 1º da LFA);<sup>38</sup> ou b) "legal" quando segue o procedimento previsto na LFA, em que a escolha do mediador é feita por sorteio entre os mediadores legalmente habilitados (art. 5º da LFA).<sup>39-40</sup>

34 Este decreto não introduziu, propriamente, a mediação no direito positivo argentino. Apenas propiciou a promulgação de leis pelas províncias portenhas sobre o tema. Juan Carlos G. Dupuis diz a respeito, ob. cit.: "Es claro que el decreto en cuestión – en este aspecto – excedió las facultades propias del Poder Ejecutivo, a la par que resulta contradictorio. Es que si por una parte propicia la formulación de proyectos legislativos – admitiendo que se trata de una facultad del Congreso el dictado de la pertinente ley – mal puede a través de su normativa, establecer principios que implican una verdadera regulación, en lo que de substancial se estima, debe tener el instituto. Pero más allá del exceso que pudo significar esta norma, que sólo puede explicar un fin docente frente a un instituto que no estaba enraizado en nuestras costumbres y que en gran medida era desconocido, lo cierto es que el Congreso de la Nación, en uso de facultades propias, tiempo después dictó la ley 24.573, apartándose de algunos de esos declarados 'principios básicos de la institución'."

35 Ana Tereza Basílio, "Mediação: relevante instrumento de pacificação social", in *Revista de Direito Mercantil*, vol. 20.

36 LFA, art. 16, que expressa: "Para ser mediador será necesario poseer título de abogado y adquirir la capacitación requerida y restantes exigencias que se establezcan reglamentariamente."

37 Lei Federal argentina (LFA) nº 24.573/95, art. 15, disciplina: "Créase el Registro de Mediadores cuya constitución, organización, actualización y administración será responsabilidad del Ministerio de Justicia de la Nación."

38 LFA, art. 1º, dispõe: "Institúyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia. Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia."

39 LFA, art. 5º, determina: "La mesa general de entradas entregará el formulario debidamente intervenido al presentante quien deberá remitirlo al mediador designado dentro del plazo de tres días."

40 Juan Carlos G. Dupuis esclarece sobre o ponto, ob. cit., p. 122: "b) Mediação legal: es aquella cuyo procedimiento regula la ley 24.573 y al que debe someterse el actor previamente a iniciar una demanda, incorporando a la mediación a su contraparte. Esa incorporación, en el régimen de la ley 24.573 está previsto exclusivamente a través de mediadores sorteados por las respectivas Cámaras de Apelaciones, según la naturaleza de la controversia que se pretenda iniciar."

28 Vide nota 19.

29 O modelo brasileiro é um exemplo.

30 Ainda no modelo brasileiro, nos juizados especiais, encontramos bom exemplo (art. 7º da Lei nº 9.099/95).

31 No modelo francês, a conciliação é tarefa entregue aos denominados "Conciliateurs", que não são magistrados. São particulares indicados pelo Presidente do Tribunal de Apelação com mandato de um ano, renováveis por mais dois anos.

32 Juan Carlos G. Dupuis, *Mediación Y Conciliación*, 2ª ed., Abeledo Perrot, p. 69.

33 Ob. cit., nota 33.

O mediador, nos termos do art. 16 da LFA, deve reunir os seguintes requisitos:<sup>41</sup>

- a) possuir título de advogado e exercer a profissão por, no mínimo, três anos;
- b) adquirir a capacitação requerida em curso de especialização em mediação; e
- c) dispor de escritório que permita “*un conecto desaroleo del tramite de mediación*”.

Embora, a nosso ver, como acima explicitado, não seja a melhor opção legislativa, a LFA restringiu a habilitação do mediador à categoria dos advogados. Ficam de fora, pois, p. ex., juizes de paz ou leigos e estagiários – que, acreditamos, em muitos casos seriam mais aptos a obter da mediação um resultado mais eficaz, com menor ônus.

Para ser mediador deverá o advogado interessado obter aprovação em curso de especialização em mediação. O Ministério da Justiça argentino criou, para tanto, a “*Escuela de Mediación*”, subordinada à “*Dirección Nacional de Extensión Jurídica*”.

Por fim, deve o mediador dispor de instalações, de acordo com o regulamento, com ambiente adequado para realização das sessões que permitam a realização da mediação.

Apesar do ceticismo de muitos, segundo alguns dados estatísticos colhidos, os resultados do sistema argentino de mediação têm sido satisfatórios.

As Professoras Elena Higton e Gladys Alvarez, em palestra realizada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 17 de setembro de 2001, apresentaram os seguintes números:<sup>42</sup>

- a) entre 1996 e 2001, 38,95% dos litígios encaminhados à mediação resultaram em acordo, e;
- b) apenas 36,23% das controvérsias submetidas à mediação prévia tiveram como desdobramento posterior ação judicial.

41 Ob. cit., nota 33, p. 216.

42 *Apud* Ana Tereza Basílio, ob. cit., nota 36.

43 “Mediação (instrumento de Pacificação Social)”, in *Revista dos Tribunais* 799/89.

44 Ob. cit., nota 18.

45 Leonard Riskin e James E. Westbrook, ob. cit., nota 18, p. 177, dizem a respeito: “*Disputes get into mediation in a wide variety of ways. Sometimes parties agree in advance to mediate disputes that arise under a contract, and courts generally enforce such agreements.(...)*”

Embora não tenhamos vivenciado o sistema – o que nos poderia dar bases mais sólidas para um posicionamento mais seguro – à vista destes dados estatísticos, a nós nos parece que se trata de uma experiência de sucesso.

## 2.5. A experiência americana

Segundo descreve Regis Fernandes de Oliveira,<sup>43</sup> a mediação teve origem nos EUA nas “*Commissioners of Conciliation*” do Departamento do Trabalho, expandindo-se, a partir daí, para outras áreas, notadamente no Direito de Família.

Riskin<sup>44</sup> relata que a mediação, neste país, teve grande desenvolvimento a partir da década de 1970.

A mediação é atualmente regulamentada, na esfera federal, pelo “*Alternative Dispute Resolution Act*”, de 1998. Há, também, em âmbito estadual, regulamentos esparsos disciplinando a mediação.

A “*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*” aprovou, em agosto de 2001, um modelo de regulamento de mediação, que está sendo adotado em diferentes Estados da Federação americana.

Não há, todavia, uniformidade no modelo norte-americano. A autonomia legislativa dos Estados, própria do sistema federativo, propiciou um desenvolvimento bastante eclético deste instituto.

A opção pela mediação no sistema norte-americano, ordinariamente, advém do consenso das partes que pode se dar antes ou após surgido o litígio. Será antes, p. ex., quando constar em um contrato cláusula que obrigue as partes a se submeterem à mediação – neste caso, as cortes norte-americanas têm reconhecido a validade desta cláusula, obrigando as partes a se submeterem à mediação.<sup>45</sup> Será após, quando, deflagrada a lide, as partes manifestarem seu desejo de sujei-

tares-se a este método alternativo de resolução de conflito.

Em certos casos a mediação, a exemplo do Direito argentino, é “*prerequisite to filing suit*”.<sup>46</sup> Em muitas cortes, tanto em primeira como em segunda instância, os juizes têm explícita autoridade para remeter os litigantes à mediação de forma compulsória.<sup>47</sup>

Qualquer um pode ser mediador no sistema norte-americano. Há, contudo, serviços (“*service provider*”) de controle da prática de mediação, muitos deles impondo a observância de códigos de ética.<sup>48</sup>

A escolha do mediador, algumas vezes, se dá a partir de indicação da corte ou do “*service provider*” de um ou mais nomes, dando a oportunidade às partes de fazerem sua opção. Em muitos casos, a escolha é feita livremente pela parte ou seu advogado, entre os mediadores integrantes de listas formadas pelas “*courts*” ou “*service provider*”, ou ainda simplesmente baseada na boa reputação do mediador.

Segundo as estatísticas, o modelo norte-americano de mediação é muito bem-sucedido.

Riskin<sup>49</sup> faz menção à pesquisa na qual se apurou números verdadeiramente impressionantes: 78% dos casos submetidos à mediação resultaram em composição.

A mediação é o meio alternativo de solução de conflitos, que, no sistema norte-americano, apresenta melhores resultados. Riskin, de forma exultante, chega a afirmar:

“*Results indicate that mediation, when compared with arbitration, is substantially less expensive, faster, and preferred by the public.*”<sup>50</sup>

46 *Idem*, p. 177.

47 *Idem*, p. 177, relatam sobre este ponto: “*In many state and federal trial and appellate courts, judges have explicit authority to order most types of civil cases into mediation.*”

48 *Idem*, p. 174, asseveram: “*Generally mediators are not licensed, so anyone can hold herself out as a mediator. There are, however, many devices for controlling mediator practices. Most programs that provide mediators try to maintain control over quality by screening interviews, education and training requirements, or evaluation. In addition, in most programs, mediators are subject to codes of ethics or standards of conduct established by the program, by statute, or by a professional organization. The codes of ethics, however, do not always answer the most important questions. Some jurisdictions have established mechanisms to enforce standards.*”

49 Ob. cit., nota 18, p. 197.

50 Esta pesquisa foi baseada em dados fornecidos por quatro grandes “*service providers*” – *American Arbitration Association; the CPR Institute for Dispute Resolution; IAMS – Endispute e US Mediation and Arbitration Service* – além de outras fontes esparsas (ob. cit., nota 18, p. 196).

51 Mauro Cappelletti, ob. cit., nota 2.

52 *Idem*, nota 2.

É curioso observar que segundo esta pesquisa “*The settlement rate at Mediation*” não se altera, sendo a mediação obrigatória ou voluntária.

## 2.6. Outras experiências

No Canadá,<sup>51</sup> a mediação pode ser realizada como audiência preliminar (mediação judicial). A mediação é feita por um juiz diverso daquele que julgará a causa. Pode, a exemplo do modelo norte-americano, a mediação ser voluntária ou obrigatória, sendo o mediador escolhido entre aqueles pertencentes aos quadros do Tribunal ou perante mediadores particulares.

Cappelletti<sup>52</sup> menciona que além do “*conciliateur*” na França “outra instituição que, com base num projeto de lei de maio de 1990, deveria ser adotado por todos os Tribunais, na esteira da prática, já observada por certo número de juizes, de remeter as partes a um ‘*mediateur*’ (considerado como auxiliar do juiz), e/ou assumir eles mesmos a função mediadora. Tal prática não se restringe à França: pode ser encontrada na Alemanha e na Itália”.

## 2.7. Experiências estrangeiras: conclusão preliminar

A observação destas breves notas sobre experiências estrangeiras sugere que a mediação é hoje um método alternativo de solução de conflitos universal de, cada vez mais, larga utilização. Quanto à escolha do mediador, tema objeto deste trabalho, notamos que há diversidade de respostas à “*ádua questão*”, havendo uma tendência de entregar a mediação ao juiz ou à categoria de pessoas designada

pela lei ou pelos Tribunais (fazemos honrosa exceção ao modelo norte-americano, com o qual, neste aspecto, nos alinhamos).

## 2.8. O projeto de lei brasileira de mediação

A idéia de se “oficializar” no Brasil a mediação como um método alternativo de solução de conflito, como há muito já ocorreu com a arbitragem, vem sendo discutida não só nos meios jurídicos, como também no Congresso Nacional.

Que nós tenhamos conhecimento, existem pelo menos um projeto de lei – de autoria da Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro – em trâmite no Congresso Nacional<sup>53</sup> e um anteprojeto de lei elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e pela Escola Nacional de Magistratura (ENM).

Por sua simplicidade, informalidade e liberalismo, merece louvor – pelo menos no que diz ao tema em debate – o projeto de lei da Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro. Este projeto dá liberdade às partes para escolha

do mediador (art. 1º). Qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica – não necessariamente jurídica – ou experiência prática poderá ser mediador (art. 2º).

A mediação poderá ser prévia (art. 6º) ou incidental (art. 4º). Será, sempre, voluntária.

Esta voluntariedade, talvez, tenha conferido pouco crédito a este projeto. Nossa cultura jurídico-litigiosa – muito diversa p. ex. da cultura norte-americana – pode suscitar o temor de fracasso de um modelo puramente baseado na mediação consensual.

O IBDP e a ENM, talvez atentos a este traço cultural característico de nossa nação, e inspirado, com certeza, no modelo argentino de mediação, elaboraram um anteprojeto de lei em que a mediação – salvo algumas exceções – passa a ser uma fase inicial obrigatória do processo (mediação incidental).<sup>54</sup>

Este anteprojeto, contudo, não prescinde da mediação consensual. Por este anteprojeto a mediação poderá ser prévia, quando as partes tiverem a iniciativa de promovê-la em conjunto ou isoladamente – caso

53 Por ser bastante sintético, vale transcrever a íntegra deste projeto: “Art. 1º A atividade técnica exercida por terceira pessoa, que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos (...). Parágrafo único. É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação, ou acordo de outra ordem, para os fins que consinta a lei civil ou penal.

Art. 2º Pode ser mediador qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito. § 1º Pode sê-lo também a pessoa jurídica que nos termos do objeto social se dedique ao exercício da mediação por intermédio de pessoas físicas que atendam às exigências deste artigo. § 2º No desempenho de sua função, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo.

Art. 3º A mediação é judicial e extrajudicial, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele.

Art. 4º Em qualquer tempo e grau de jurisdição, pode o juiz buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem à mediação extrajudicial, ou, com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até 3 (três) meses, prorrogável por igual período. Parágrafo único. O mediador judicial está sujeito a compromisso, mas pode escusar-se ou ser recusado por qualquer das partes, em cinco dias da designação. Aplicam-se-lhe, no que caibam, as normas que regulam a responsabilidade e a remuneração dos peritos.

Art. 5º Ainda que não exista processo, obtido acordo, este poderá, a requerimento das partes, ser reduzido a termo e homologado por sentença que valerá como título executivo judicial ou produzirá os outros efeitos jurídicos próprios de sua matéria.

Art. 6º Antes de instaurar processo, o interessado pode requerer ao juiz que, sem antecipar-lhe os termos do conflito e de sua pretensão eventual, mande intimar a parte contrária para comparecer à audiência de tentativa de conciliação ou mediação. A distribuição do requerimento não previne o juízo, mas interrompe a prescrição e impede a decadência.

Art. 7º Esta lei entra em vigor à data de sua publicação.”

54 Art. 5º do anteprojeto: “A tentativa de mediação incidental é obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos: I – nas ações de estado; II – na ação de interdição; III – quando for autor ou réu pessoa incapaz; IV – quando for autora ou ré pessoa de direito público; V – na falência, na concordata e na insolvência civil; VI – no inventário e no arrolamento, quando houver incapazes; VII – nas ações de imissão de posse, reivindicatória de bem imóvel e de usucapião de bem imóvel; VIII – na ação de retificação de registro público; IX – quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem; X – na ação cautelar; e XI – quando a mediação prévia, realizada na forma da Seção anterior, tiver ocorrido, sem resultado, nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao ajuizamento da ação.”

em que deverá intimar a outra para comparecer à audiência de mediação – submetendo sua disputa a um mediador sorteado entre aqueles habilitados pelo Tribunal para o exercício desta função.<sup>55</sup>

Sendo a mediação prévia ou incidental, a escolha do mediador dar-se-á sempre por sorteio. Nem as partes nem o juiz terão ingerência na seleção do indivíduo que se desincumbirá desta tarefa.

O anteprojeto estabelece que os mediadores deverão ser, necessariamente, advogados com, pelo menos, três anos de exercício da advocacia.<sup>56</sup>

A OAB e os Tribunais serão responsáveis pela formação e seleção de mediadores. A OAB deverá implementar curso preparatório e fixar os critérios de aprovação.<sup>57</sup>

Caberá aos Tribunais manterem o registro atualizado dos mediadores habilitados.<sup>58</sup>

Como uma forma de mitigar a opção legislativa de engessamento da escolha do mediador à categoria dos advogados, o anteprojeto também prevê a figura do co-mediador. Este auxiliar do mediador seria habilitado

tado da mesma maneira que esse, pela OAB e pelos Tribunais, dentre pessoas com especialização técnica de variada natureza.<sup>59</sup>

Sua intervenção poderá se dar por solicitação das partes ou a critério do mediador.<sup>60</sup> Nas causas que versarem sobre direito de família a intervenção do co-mediador – um assistente social ou psicólogo – é obrigatória.<sup>61</sup>

## 3. CONCLUSÃO FINAL

Inspirados na moderna concepção de “Acesso à Justiça” e segundo a doutrina de Mauro Cappelletti – nosso Moisés da fé processual, que nos conduz à “terra prometida”, lugar onde, esperamos, encontraremos um processo justo e eficaz –, buscamos, envolvidos à “terceira onda”, novas alternativas de solução de conflitos (ADR’s). Dentre os ADR’s está a mediação.

A mediação, difundida universalmente, tem se demonstrado, em seus diferentes modelos – em maior ou menor grau –, uma alternativa eficiente de “justiça co-existencial”.

55 Art. 3º do anteprojeto: “O litigante poderá optar pela mediação prévia, devendo o requerimento ser instruído por meio de formulário padronizado, que será assinado por ele e seu advogado. § 1º A procuração instruirá o requerimento, facultada a exibição de provas pré-constituídas no curso do procedimento da mediação. § 2º O requerimento de mediação prévia será distribuído ao mediador e a ele imediatamente encaminhado. § 3º Recebido o requerimento, o mediador designará dia, hora e local onde realizará a sessão de mediação, providenciando a comunicação pessoal, facultada a utilização de todos os meios eficazes de comunicação. § 4º A comunicação ao requerido conterà, ainda, a advertência de que deverá comparecer à sessão acompanhado de advogado. Não tendo o requerido advogado constituído, o mediador solicitará à Ordem dos Advogados do Brasil a designação de dativo.”

56 Art. 10 do anteprojeto: “Os mediadores são auxiliares da justiça, selecionados entre advogados, com pelo menos 3 (três) anos de experiência.”

57 Art. 10, § 2º, do anteprojeto: “Caberá à Ordem dos Advogados do Brasil e ao Tribunal de Justiça, em conjunto, a formação e seleção de mediadores, para o que será implantado curso apropriado, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo.”

58 Os mediadores registrados somente poderão atuar nos limites territoriais da Comarca onde mantiverem escritório, ou, na falta deste, onde residam (art. 12 do anteprojeto).

59 Art. 11 do anteprojeto: “A pedido de qualquer dos litigantes, ou a critério do mediador, este trabalhará em regime de co-mediação, com profissional de outra área, devidamente habilitado, nos termos do § 2º deste artigo. § 1º A co-mediação será obrigatória nas controvérsias que versem sobre Direito de Família, devendo dela sempre participar o mediador advogado. § 2º A Ordem dos Advogados do Brasil e o Tribunal de Justiça selecionarão, como co-mediadores, profissionais indicados por organismos institucionais de mediação, devidamente credenciados, ou por órgãos profissionais oficiais. § 3º Quando no exercício de suas funções, e em razão delas, ficam os mediadores equiparados aos funcionários públicos para efeito da legislação penal.”

60 Ana Tereza Basilio, ob. cit., nota 36, diz a propósito: “Em certos processos que envolvem questões técnicas complexas ou disputas relacionadas à área de família, será de grande valia a participação de profissionais com conhecimentos específicos. Esses profissionais poderão prestar às partes informações relevantes, muitas vezes decisivas à celebração de acordo.”

61 Art. 11, § 1º, do anteprojeto.

O melhor aproveitamento deste instituto, ao nosso ver, depende de uma série de fatores políticos,<sup>62</sup> culturais,<sup>63</sup> econômicos<sup>64</sup> e jurídicos.

Neste trabalho focamos um fator de natureza jurídica: a escolha do mediador.

Ao nosso ver, o resultado da mediação será melhor se dispusermos de liberdade e diversidade de alternativas para a escolha do mediador. Não nos parece ser recomendável restringir a seleção do mediador a uma categoria de pessoas, como p. ex., advogados. As partes ou o juiz devem ter opções – advogados, juizes de paz ou leigos, estagiários –, permitindo que façam sua escolha de acordo com as peculiaridades e necessidades do caso.

Ousamos em nos posicionar em sentido contrário à opção do anteprojeto elaborado pelo IBDF e pela ENM – e, de outro lado, nos alinharmos com o projeto da Deputada Zulaiê Costa Ribeiro e o modelo norte-americano – porque acreditamos que a imposição aleatória – segundo o anteprojeto, a escolha do mediador será feita por sorteio – do mediador, restrita a uma categoria de pessoas – no caso os advogados –, poderá comprometer o resultado da mediação.

Lembramos, como advertem Cappelletti e Riskin, que o mediador deve ter, necessaria-

mente, uma “autoridade social” ou ascendência sobre os litigantes. Será que um advogado sorteado preencherá este requisito essencial do mediador em toda e qualquer mediação? Acreditamos que não. Haverá casos – e não serão poucos – em que os litigantes, por não respeitarem o mediador, cumprirão esta nova etapa obrigatória do processo de forma burocrática, a exemplo do que já ocorre, ordinariamente, com as audiências de conciliação.

A livre escolha do mediador pelas partes ou, não havendo consenso, pelo juiz dentre as instituições ou indivíduos pertencentes a diferentes categorias de pessoas, ao nosso ver, torna-se a melhor alternativa.

É bem verdade que a escolha correta do mediador não é uma panacéia. O acerto da seleção do mediador, por si só, não garante o sucesso da mediação. Existem outros obstáculos a serem superados.

No Brasil, p. ex., enquanto a eternização do processo judicial for um “bom negócio” para uma das partes – comumente em favor de grandes empresas ou do próprio Estado –, o resultado da mediação será sempre inferior ao seu potencial.

Ainda assim, notadamente à vista das auspiciosas experiências estrangeiras, vemos na mediação uma tentativa válida de desafogamento da máquina judiciária.

62 Para que o instituto da mediação seja bem-sucedido é necessário que haja uma opção política no sentido de dar o devido prestígio a este método alternativo de solução de conflito.

63 Há países, como p. ex. os EUA, em que existe uma cultura bem enraizada de composição consensual de conflitos, o que favorece o desenvolvimento da mediação. Ao revés, em países, como p. ex. o Brasil, em que há uma cultura voltada para composição judicial do litígio, a mediação enfrentará dificuldades para seu pleno aproveitamento.

64 Em países onde há problemas econômicos e graves e acentuadas diferenças sociais, a mediação deverá perder espaço, seja por falta de verbas públicas para sua correta estruturação, seja pelo desequilíbrio da relação entre as partes.

## A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*<sup>1</sup>

JUDITH MARTINS-COSTA  
Professora Adjunta de Direito Civil na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutora e Livre-Docente pela Universidade de São Paulo. Sócia do escritório de advocacia Martins-Costa Advogados Associados. Parecerista.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As perspectivas traçadas pelo *venire contra factum proprium*. 2.1. A perspectiva da diacronia: fundamentos históricos do brocardo. 2.2. A perspectiva da sincronia: sua atuação no Direito Comparado. 3. O *venire contra factum proprium* em visão prospectiva. 3.1. Aceitação no Direito brasileiro e sugestões para a sua possível disciplina. 3.2. O *venire contra factum proprium* e a ilicitude de meios do art. 187 do Código Civil. 4. Conclusão.

### 1. INTRODUÇÃO

O amenizar do excessivo voluntarismo otocentista deu-se, na Teoria do Negócio Jurídico, pela contemporânea reapropriação de idéias e institutos que, formulados no Direito romano clássico ou pelo *ius commune* medieval, são dotados de elevada carga ética. As modernas teses acerca da revisão do contrato por excessiva onerosidade, por exemplo, têm, todas, a mesma raiz, qual seja, a formulação, pelos canonistas, da regra *rebus sic stantibus*. Trata-se, contudo, de uma ética intrínseca, e não extrínseca ao Direito, pois, como afirmou Miguel Reale,<sup>2</sup> a ordem jurídica é uma ordem “impregnada pela morali-

dade”, o que não resulta de um raciocínio abstrato de ordem filosófica, mas tem assento em mandamentos positivos expressos da Carta Magna e nas leis infraconstitucionais.<sup>3</sup>

Porém, essa moralidade não se presta à mera – e por vezes vazia – invocação. Para que atue no Direito (que é ordem, ordenação e ordenamento), carece encontrar, no próprio sistema jurídico, os institutos transmissores da sua eficácia. Encontra-se, pois, sujeita a mediações, a intersecções com outros princípios e regras, a uma *disciplina jurídica*, enfim. Um desses conjuntos de princípios e regras tutelares da moralidade vem sintetizado no velho adágio que coíbe *venire contra factum proprium*.

1 Artigo publicado originalmente em *Experiências do Direito*, M. Reale, M. Reale Jr. e E. Ferrari (org.), São Paulo, Millennium, 2004, pp. 23-62.

2 Miguel Reale, parecer não publicado, São Paulo, 2003.

3 Com efeito, uma leitura atenta da Constituição fará perceber a inclusão, ao arrolar os direitos e garantias fundamentais da cláusula geral de reenvio segundo a qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...)”. O primeiro direito fundamental que resulta dessa ressalva é o da *moralidade essencial do Direito*, moralidade interna ou constituinte do próprio ordenamento, de tal modo que não tem validade jurídica, ou é destituído de juridicidade, todo e qualquer ato contrário aos princípios morais nos quais assentado o Ordenamento. Assim Miguel Reale, parecer não publicado, São Paulo, 2003.