

A MEDIAÇÃO SOB O PRISMA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Daniela Seadi Kessler¹

Manoel Gustavo Neubarth Trindade²

Resumo: As relações interpessoais, com o passar dos anos e os avanços tecnológicos, transcenderam as fronteiras territoriais com uma singeleza que outrora sequer seria imaginável, rompendo limites antes existentes, não mais se restringindo a indivíduos e empresas de uma mesma localidade, e passando a alcançar diferentes partes do globo. Essa realidade trouxe à tona a necessidade de se repensar e aprimorar a forma como lidamos com os conflitos, considerando a aproximação de pessoas de diferentes culturas, hábitos e visão do mundo, criando uma verdadeira gama de possibilidades de colisão de interesses. Tal questão não impressiona, na medida em que passamos a perceber o conflito como fato inerente à vida em sociedade, e, inclusive, necessário para a sua evolução e aprimoramento, assim como para o amadurecimento das relações entre os indivíduos. Sem o conflito, possivelmente nos veríamos em uma sociedade mais estática, com cidadãos acobertados por um alto grau de conformismo. Portanto, a preocupação que surge não é com a extinção dos conflitos, mas sim com a melhor forma de lidarmos com

¹ Advogada. Mediadora. *LL.M.* em Direito dos Negócios da Escola de Direito *UNISINOS LES – Law, Economics and Society*.

² Advogado. Economista. Doutor e Mestre em Direito pela UFRGS. Especialista em Processo Civil pela UFRGS. Presidente do Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul. Coordenador do *LL.M.* em Direito dos Negócios da Escola de Direito *UNISINOS LES – Law, Economics and Society*. Professor do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da *UNISINOS* e da Escola de Direito *UNISINOS LES*. Vice-Presidente da Comissão Especial de Energia, Mercado de Capitais e Infraestrutura da OAB/RS. Coordenador do Grupo de Trabalho em Direito e Economia da OAB/RS.

eles. E é nesse momento que começam a se fortalecer diferentes formas de resolver as controvérsias, dentre elas a mediação, como meio de resolução de disputas que evita a acentuação das desavenças e que visa à valorização dos sujeitos. O presente trabalho, utilizando-se do método de revisão bibliográfica nacional e internacional acerca do tema proposto, compreendida, especialmente, em livros, materiais impressos e eletrônicos, e através da tomada emprestada de dados da ciência econômica, demonstra que a solução cooperativa, através da mediação de conflitos, gera resultados eficientes para as partes envolvidas, independentemente da regra de direito aplicável à questão, na medida em que maximiza os interesses e utilidade das partes, bem como reduz a assimetria de informações, salvaguardando custos, tempo e obtendo maior grau de satisfação dos envolvidos, possibilitando que se alcance maior bem-estar, evitando-se, assim, a necessidade de se ir às cortes – arbitrais ou judiciais.

Palavras-Chave: Mediação de Conflitos. Análise Econômica do Direito.

Sumário: 1 Introdução. 2 Métodos de resolução de conflitos. 3 O instituto da mediação. 3.1 O desenvolvimento da mediação no Brasil. 3.2 A teoria do conflito. 3.3 O conceito de mediação de conflitos. 3.4 A figura do mediador. 3.5 Os diferentes modelos de mediação. 3.5.1 Modelo tradicional-linear de Harvard. 3.5.2 Modelo transformativo. 3.5.3 Modelo circular-narrativo de Sara Cobb (pós-moderna ou narrativa). 4 Análise econômica do direito e a mediação. 4.1 Análise econômica da mediação. 4.1.1. Teoria dos jogos aplicada à mediação de conflitos. 4.1.2 A minimização da assimetria de informações. 5 Conclusão. 6 Referências bibliográficas

1 INTRODUÇÃO



abe-se que do direito dependem a paz e a harmonia comunitárias, sendo uma das funções dos seus agentes – advogados, magistrados, legisladores, etc. – a preservação do Estado de Direito, das garantias fundamentais (direito à defesa) e, definitivamente, da convivência. (OLIVEIRA, 1999. p. 123).

O operador do direito deve sempre ter em mente que, em última instância, seu objetivo é a manutenção dessa situação de paz e harmonia, que deverá ser obtida através do aprimoramento de um sistema que, de forma eficiente, evite o conflito, ou, se inevitável, com a mesma eficiência, promova a sua resolução.

Ocorre que a estrutura jurídica vigente na sociedade brasileira acaba por resultar em uma “cultura do litígio”³, que segue arraigada na mentalidade de grande parte dos operadores do direito, restando por consubstanciar profissionais perfeitamente aptos a ingressar com processos judiciais e prontos para instruir seus clientes sobre seus direitos juridicamente tutelados, porém incapazes de analisar e oferecer opções mais simples e eficazes para a resolução dos conflitos.

Daí a necessidade de indagarmos sobre a função jurídica e a missão de seus atores em cujas mãos, tanto individual como coletivamente, está, como se viu, a grande contribuição para o progresso e para o retrocesso comunitários. (OLIVEIRA, 1999. p. 124).

O atual sistema jurídico e os institutos de direito da forma que hoje se apresentam não conseguem acompanhar, com a mesma agilidade, a mutação apressada da sociedade, na qual se verifica um hiperdinamismo, veloz troca de informações através dos mais variados meios tecnológicos, economias

³ Obviamente, compreendemos, forjada por meio da estrutura de incentivos que o sistema judicial, ao qual estamos inseridos, está a nos estimular a assim agir, também racionalmente. Exatamente nesse sentido, TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da *Law and Economics*. *Revista de Processo*, São Paulo, p. 153-180, dez. 2009.

compartilhadas e a cada momento novas formas de negócios, que tem resultado, em função dos lentos passos e asoberbamento desse sistema arcaico, em uma notória insatisfação do público com o sistema jurídico e seus operadores.

Nesse contexto, da mesma maneira como constatado em países mais desenvolvidos, a exemplo dos Estados Unidos da América - mais especificamente em 1976, com a criação dos Tribunais Multiportas (SANDER, 1976) -, começa a surgir uma preocupação com a eficiência do atual sistema jurídico frente às mudanças da sociedade.

Não há dúvidas que a cada mudança da sociedade surge a necessidade de mudança substancial dos sistemas e métodos jurídicos, assim como ocorreu após a Revolução Francesa. Não se pode esperar, como é salutar, que a sociedade do século XXI não exija, da mesma forma, tais mudanças, pois, como bem disse a doutrinadora Angela Oliveira (1999, p. 124), “*a globalização não perdoa quem se prende ao passado*”.

Dessa forma, um fator sintomático dessa mutação é o ressurgimento, com tamanha força, de um método tão antigo como a mediação, que acabou por se estender, na última década, por quase todos os países do Ocidente. (OLIVEIRA, 1999. p. 125).

Esse surgimento exponencial, que vem ganhando expressividade, constitui um sinal do sentido das mudanças que as exigências atuais requerem, mormente aquelas que privilegiam a autonomia da vontade, assim como o predomínio daquilo que foi estabelecido pelas partes no contrato sobre a lei. (OLIVEIRA, 1999. p. 125).

Ao que parece, como fenômeno global dessa nova era, as pessoas estão buscando recuperar sua liberdade e autonomia – aos moldes do ocorrido no Reino Unido, visando à sua retirada da União Europeia pelo chamado “Brexit” -, que no âmbito jurídico se traduz no poder de escolha de árbitros, mediadores, jurisdição, lei aplicável, irrecorribilidade da sentença, e assim por diante. O que buscam os sujeitos da sociedade atual é o

reconhecimento da sua autodeterminação e a assunção de responsabilidade pelos seus próprios atos, modificando-se uma cultura expressivamente paternalista.

Além disso, frente à necessidade de trocas a todo o momento, e ao aumento da escassez de recursos - além da adaptação das novas economias a essa realidade, exigindo-se a cooperação entre os indivíduos, as conhecidas “economias compartilhadas” - estamos descobrindo, finalmente, a importância de preservar os vínculos e, também, a possibilidade de poder colocar, frente a soluções massificantes, soluções particulares que levem em conta as especificidades de cada caso. (OLIVEIRA, 1999. p. 109).

Percebemos, a cada dia, que formamos uma grande cadeia de relações que em algum ponto se interligam e se autodependem. E nesse sentido, já entendeu o escritor Napoleon Hill (2016, p. 136), ao tratar da busca pela realização pessoal, que “*nenhum indivíduo isolado dispõe de experiência, educação, talento e conhecimento suficientes para garantir a acumulação de uma grande fortuna sem a cooperação de outras pessoas*”.

Veja-se, portanto, que a magnitude da tarefa avulta manifesta. Isso porque, aceitar a ineficiência de um sistema antes dominante, em prol de um novo *modus operandi* ainda tão prematuro, é tarefa para corajosos.

Dessa forma, a mediação surge como a melhor das alternativas para atender a esse novo modelo de sociedade pluriconectada, de forma a trazer para os sujeitos a possibilidade de ajustarem entre si a mais eficiente forma de alocação dos riscos e responsabilidades quando envolvidos em controvérsias por recursos escassos.

A mediação, como forma cooperativa de resolução de conflitos, sempre possível nos casos em que os custos de transação não são suficientemente altos a ponto de impedir uma negociação através desse meio autocompositivo, resulta na economia, por ambas partes, de custos e ainda na possibilidade de

divisão dessa economia entre si (ULEN; COOTER, 2010, p. 102), gerando-se, portanto, maximização de utilidade e, assim, eficiência econômica e maior bem-estar.

E é dessa forma que o presente trabalho, através de uma abordagem de pesquisa dedutiva, realizada por meio da revisão bibliográfica nacional e internacional acerca do tema proposto, compreendida, especialmente, em livros, materiais impressos e eletrônicos, além da análise do tema em fontes primárias, tais como legislação vigente e doutrina que tratam do assunto, realiza, em um primeiro capítulo, a análise histórica e evolutiva do instituto da mediação. Após, chega-se a sua conceituação, considerando seus aspectos mais modernos e de acordo com as mais variadas doutrinas e legislações sobre o tema, esclarecendo-se, então, os modelos de mediação mais utilizados. E então, ao final, adentra-se no ramo da análise econômica do direito, explicando, em um primeiro momento, do que se trata a abordagem do direito através de modelos retirados da economia e como utilizá-lo, e, após, demonstrando que a utilização da mediação como forma de resolução de conflitos, a qual efetiva-se por meio da cooperação dos sujeitos envolvidos em uma controvérsia, gera benefícios econômicos para ambas as partes, alcançando, seja por meio do acordo ou pela troca de informações, que tornar-se-ão mais simétricas, uma maior eficiência na alocação jurídica dos direitos atinentes às questões envolvidas.

2 MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Podemos dizer, de modo geral, quanto aos meios de resolução de conflitos, que dentro do espectro das formas auto-compositivas encontramos a negociação, a conciliação e a mediação. Por outro lado, inseridas no espectro das formas heterocompositivas, estariam as vias judicial e arbitral.

Oportuno frisar que a natureza autocompositiva decorre do fato de que “*as próprias partes interessadas, com ou sem a*

colaboração de um terceiro, encontram, através de um consenso, uma maneira de resolver o problema.” (SANTOS, 2004, p. 14).

Já no tocante aos métodos heterocompositivos, diz-se que “*o conflito é administrado por um terceiro, escolhido ou não pelos litigantes, que detém o poder de decidir, sendo a referida decisão vinculativa em relação às partes.*” (SANTOS, 2004, p. 14).

No que tange à negociação, entende-se como o meio pelo qual o negociador, que seria a própria parte interessada ou alguém que lhe represente, deseja chegar a um acordo que satisfaça seus interesses substantivos. E por ser meio mais singelo, baseado apenas no diálogo, é utilizado com frequência. Além disso, o negociador se interessa, além da resolução do problema, também pelo seu relacionamento com o outro lado. (URY; FISHER, 2014. p. 41).

Lima (2003, p. 32) esclarece que a negociação, “*como forma de resolução de controvérsias, é baseada na busca, exercida pelas próprias partes envolvidas, sem a participação de um terceiro, por uma possível solução para um conflito surgido entre elas*”.

A negociação, por não necessitar da participação de um terceiro, e uma vez que os negociadores conheçam ou dominem as suas técnicas – que os auxiliarão a obter o melhor resultado para todos os envolvidos –, é considerada o meio mais rápido e econômico de resolver controvérsias.⁴

Todavia, problema recorrente em uma negociação é que nem sempre as partes estão tecnicamente aptas a negociar ou sequer possuem preparo emocional que lhes permitam obter resultados satisfatórios. O que acaba por suceder, na maioria das vezes, é que os negociadores se concentram no conflito de posições

⁴ VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação: guia para usuários e profissionais*. Florianópolis: Imab, 2001.

Camaf – Câmara de Mediação e Arbitragem de Florianópolis – Disponível em: <“<http://www.camaf.com.br/>”>. Acesso em 20 mai 2017.

e não naquilo que deveria ser essencialmente enfrentando, qual seja, o conflito de necessidades, interesses, desejos, preocupações e temores. (URY; FISHER, 2014, p. 57). Sendo a posição algo sobre o qual o envolvido se decidiu, e seus interesses o que o levaram a tomar essa decisão. (URY; FISHER, 2014, p. 58).

Em todas as conversas ou negociações desafiadoras, existe uma escolha: abordar a situação como uma competição entre adversários, em que uma parte ganha e a outra perde, ou encará-la como uma oportunidade para a busca de uma solução colaborativa, em que ambas as partes podem se beneficiar. Temos a capacidade de reenquadrar cada conversa difícil deixando de vê-la como um confronto entre oponentes e passando a percebê-la como uma troca entre parceiros. (ROSENBERG, 2006, p. 56).

Porém, sem a presença de um terceiro neutro que detenha os conhecimentos necessários para coordenar a negociação e mesmo nivelar as partes, as negociações acabam sucumbindo, o que leva as partes a recorrerem aos meios heterocompositivos, atribuindo, portanto, o poder decisório acerca de suas controvérsias a terceiros, os quais, muito embora decidam à lide em questão, muitas vezes – ou na maioria delas - não conseguem dar fim ao conflito.

Afora a negociação, outra forma autocompositiva e não adversarial é a conciliação, que difere dos demais mais autocompositivos por ter a presença de um terceiro imparcial, que agirá como avaliador da situação, podendo intervir e inclusive propor tratativas de acordo.

Esse método é corriqueiramente utilizado nas audiências judiciais e arbitrais, em que o juiz ou árbitro buscam, antes de adentrar na fase instrutiva ou mesmo depois dela, conciliar as partes, por meio da realização de acordo. Para o jurista Leandro R. Lima (2003, p. 32), a conciliação pode ser qualificada como *“um método alternativo de resolução de disputas, em que um terceiro imparcial, denominado conciliador, auxilia as partes*

envolvidas no conflito na busca de um acordo. Nesta modalidade, pode o conciliador propor soluções para o problema”.

Denota-se que nesses casos o conciliador age como verdadeiro interventor, propondo tratativas no lugar das partes, tudo visando ao acordo que poderá dar fim ao conflito.

Importante salientar que nos Estado Unidos da América, o método de conciliação usual recebe o nome de mediação avaliativa,⁵ na qual pode o mediador, detentor de técnicas apuradas e habilidades de negociação, intervir nas decisões das partes e propor acordos.

No que diz respeito aos métodos heterocompositivos, o mais tradicional sempre foi a via judicial, mas a consequência do reconhecimento de sua crescente legitimação foi também o aumento do número de disputas judiciais, sobrecarregando o judiciário.(OLIVEIRA, 1999, p. 108).

Não bastasse, na medida em que o processo judicial trata tão somente dos problemas juridicamente relevantes e tutelados, não havendo tempo ou possibilidade para se adentrar nas minúcias de cada caso, acaba por deixar de fora da apreciação aspectos do conflito que, muitas vezes, são tão ou mais importantes que aqueles aos quais se limita o processo. (CASELLA; DE SOUZA, 2009, p. 18).

Ao se adentrar no Judiciário, as singularidades e particularidades de cada caso, assim como das partes, são quase que imediatamente deixados de lado, passando todos a receber o mesmo tratamento.

Para suprir algumas falhas que já vinham sendo detectadas no Judiciário, como ausência de técnica especializada para determinadas controvérsias altamente complexas, pouca valorização da autonomia da vontade, morosidade excessiva, dificuldades quanto à dados sigilos, especialmente no que tange a

⁵ Já existe, no Brasil, a intenção de transformar a conciliação em mediação avaliativa, de forma a desenvolver profissionais com maior qualificação específica para tanto e habilidades de negociação.

aspectos de concorrência, e impossibilidade de escolha de julgador, a arbitragem, por sua vez, surgiu como resposta muito promissora, sendo bem recebida especialmente pelas grandes empresas.

Segundo o jurisdoutrinador Carmona (2004, p.51), a arbitragem, meio extrajudicial de resolver conflitos e que é regido por lei própria, qual seja, a Lei de Arbitragem n. 9.307/96, de 23 de setembro de 1996, poderia ser conceituada da seguinte forma:

(...) meio alternativo de soluções de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distância da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios.

Todavia, apesar de altamente recomendável em determinados casos, esse modelo, além de apresentar algumas limitações, por tratar apenas de direitos patrimoniais disponíveis e relativamente disponíveis, implica, via de regra, em custos elevados, além de também atribuir a terceiros a decisão final das controvérsias.

O então Presidente do CONIMA, Petrônio R. G. Muniz, em seu artigo publicado em obra de coordenação de Angela Oliveira, fazendo menção à colocação de Wander Paulo Marotta, assim esclareceu:

A experiência demonstra que a solução judicial imposta às partes até sob coação, se resolve o processo, não exclui a lide marginal que sobrevive à lide e a demanda. Tais conflitos explodem na primeira oportunidade, às vezes de forma violenta, quando não em outras demandas.

(...)

Configura-se o fenômeno da ‘Patologia do

Litígio'.(OLIVEIRA, 1999, p. 40).

Foi diante de tal realidade, na qual a negociação, na maioria dos casos, não se mostra possível por falta de equivalência de técnicas e/ou ambiente neutro para se negociar – e muitas vezes até mesmo por não desejarem as partes se enfrentar sozinhas –, e em virtude da busca, pelos sujeitos, de um maior empoderamento, querendo ter em suas mãos a decisão acerca de seus interesses – além de outras insatisfações com os métodos heterocompositivos, explanadas ao longo do artigo –, que a mediação⁶ acabou por ressurgir, e na última década se estendeu a quase todos os países do Ocidente, conforme mencionado na seção anterior. (OLIVEIRA, 1999, p. 125).

Percebe-se, assim, não por casualidade, que subitamente volta-se a buscar este método ancestral que havia caído em desuso, fazendo crer, dada à velocidade de sua propagação, que já está e irá mudar muito mais ainda, profundamente, a forma como os conflitos são resolvidos. Algo como a ponta de um iceberg. (OLIVEIRA, 1999, p. 125).

Pela primeira vez na história, estamos nos perguntando qual é o melhor caminho que permite, no meio de uma disputa, preservar tanto os interesses conflitantes das partes quanto às relações dos indivíduos envolvidos (OLIVEIRA, 1999, p. 108), e tudo isso sem perder de vista a geração de maior bem-estar e eficiência.

Nesse sentido, a mediação é o caminho que permite resolver os conflitos e que possui alicerce no respeito aos interesses das partes e na equiparação de valores. Isso significa que a razão e o poder são iguais para ambas as partes e o que decide o conflito é a capacidade de construir acordos que beneficiem, da forma mais eficiente, a todos envolvidos. (OLIVEIRA, 1999, p.

⁶ O modelo de mediação utilizado no Brasil é chamado, nos Estados Unidos da América, de mediação facilitativa, na qual o mediador, que é parte neutra, não poder propor acordos ou intervir nas decisões dos mediados, colocando-se na posição de verdadeiro facilitador da comunicação e diálogo, auxiliando as partes, com técnicas específicas, a solucionarem suas controvérsias.

109).

Já foi verificado, por meio de estudos realizados, que o grau de satisfação dos indivíduos que utilizam do processo judicial está intimamente ligado à concepção de justiça que possuem, sendo que, quanto maior sua participação no processo para dirimir seus conflitos, maior sua percepção de procedimento justo. (CASELLA; DE SOUZA, 2009, p. 21). Para tanto, é preciso abandonar a própria ideia de que existe uma verdade única, transformando a ideia que temos de justiça. (OLIVEIRA, 1999, p. 109).

Isso resulta, sobretudo, do fato de que em sendo possível uma maior troca informações, em um ambiente que propicie de forma adequada essa troca, as partes passam a ter uma noção mais clara da situação como um todo, verificando interesses válidos também do outro lado, e abandonando uma visão unilateral, que acaba por montar otimismo ou pessimismo forjado⁷. Assim, reconhecer como válidos os interesses da outra parte, sucede em entender como justas algumas concessões, mudando-se as percepções e consequentemente possibilitando um acordo.

3 O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Instituto que remonta suas origens à China antiga, a mediação - palavra derivada, segundo alguns, da expressão latina “*mediare*”, que significa dividir ao meio, ou repartir em duas partes iguais (OLIVEIRA, 1999, p. 102), e, segundo outros, da expressão “*mediatio*”, que significa intercessão, intervenção, interposição (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 1262) -, de acordo com o pensador e filósofo chinês Confúcio (551 a. C. a 479 a.

⁷ Ocorre quando ambas partes mostram-se bastante otimistas (ou pessimistas) quanto aos resultados do processo, o que leva ambas a preferir o julgamento ao acordo. Todavia, como consabido, apenas uma das partes se beneficiará de uma decisão favorável, ou seja, pelo menos uma delas deve estar mal informada. Nesse sentido ULEN, Thomas; COOTER, Robert. Direito e economia. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 423.

C.), era o principal instrumento utilizado para a resolução de desavenças entre os indivíduos. (OLIVEIRA, 1999, p. 100).

Trata a respeito dos primórdios da mediação na China o doutrinador Rodrigues Júnior, que assim preleciona:

Na China de Confúcio, a justiça era administrada segundo o li, que significava um ideal de comportamento entre todos os homens. Contudo, se tal regra fosse quebrada, evitava-se o processo por entenderem ser desonroso. Sendo assim, recorria-se ao compromisso, conciliação, negociação. Pode-se enxergar o uso da mediação na China desde tal época até os dias atuais. (RODRIGUES JÚNIOR, 2003, p. 297).

Todavia, há relatos ainda mais antigos, de acordo com Cachapuz, que referenciam o emprego da mediação para solucionar disputas na Grécia, no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, nos casos entre as Cidades-Estados, esclarecendo a doutrinadora que “*a prática da mediação como forma de resolução de conflitos é utilizada desde a antiguidade, e sua existência remonta aos idos de 3000 A.C*” (CACHAPUZ, 2003, p. 24).

No que diz respeito aos primeiros manifestos da mediação no continente norte-americano, a história os relaciona aos colonizadores holandeses, em 1636, que utilizavam a mediação para assegurar o cumprimento dos princípios morais e as tradições de seus grupos. A mediação também se fez presente naquele continente no âmbito comercial, pelas associações comerciais, desde 1768, na Câmara de Comércio de Nova York, e, mais tardiamente na história de resolução de conflitos laborais, com a criação, em 1898, do *Erdman Act*, que teria sido o ato pioneiro de reconhecimento, pelo governo americano, da mediação como forma de solução dos litígios trabalhistas. (TARGA, 2004. p.141).

A despeito desses ensaios iniciais e primeiras iniciativas, que já mostravam uma predisposição e aceitação do instituto, o desenvolvimento da prática da mediação de fato tomou forma e passou a se intensificar nos Estados Unidos a partir da experiência advinda dos imigrantes chineses e judeus, no final do século XX, conforme trata o doutrinador Gustavo H. Bapstista Andrade

em seu artigo, escrevendo o seguinte:

A mediação ingressou no território norte-americano com a chegada dos primeiros imigrantes (judeus, na costa leste; e chineses, na costa oeste). Percebe-se, assim, que a mediação é tão antiga quanto á própria existência dos grupos sociais.⁸

Conta-se que os imigrantes chineses teriam estabelecido a *Chinese Benevolent Association* nos EUA para resolver, por meio da mediação, as desavenças entre os membros da comunidade. De igual forma, a comunidade judaica americana, em 1920, estabeleceu o próprio Tribunal de Mediação, o *Jewish Conciliation Board*. E então, através dessas experiências - consideradas excelentes - que se fundou o *Christian Conciliation Service*, colocando em prática projetos pilotos para capacitar mediadores eclesiais na resolução de desavenças. (TARGA, 2004. p.141).

Nas Universidades de Harvard, Cambridge e Boston, a teoria sobre a mediação foi vigorosamente aprofundada, tendo se desenvolvido, em 1976⁹, estudos para implantá-la dentro do sistema judiciário, por meio dos Tribunais de Multiportas, nos quais as partes poderiam – e ainda podem, já que em uso até hoje – escolher por que meio desejam que sua disputa seja solucionada dentre as variadas possibilidades oferecidas pelo sistema. (TARGA, 2004. p. 142).

Essa ideia visionária para implementação de Tribunais Multiportas teve início com o famoso discurso do professor de Harvard, Frank Sander, sobre “Variedades de Processos de Resolução de Disputas”¹⁰, feito durante a Conferência Roscoe Pound, que tratava das Causas de Insatisfação Popular com a Administração da Justiça, e no qual afirmava que os tribunais não deveriam ter somente uma porta de recepção de demandas,

⁸ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. Sobre a mediação familiar. Artigo disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=515>>. Acesso em 30 ago. 2009.

⁹ SANDER, Frank. E. A. “*Varieties of Dispute Processing*”, Federal Rules Decisions, 1976.

¹⁰ SANDER, Frank. E. A. “*Varieties of Dispute Processing*”, Federal Rules Decisions, 1976.

mas sim uma variedade de outros processos de resolução de disputas, entre as quais a mediação e a arbitragem. Tal evento ficou conhecido como o “Big Bang” da teoria e prática moderna da resolução de conflitos. (DE TOLEDO; TOSTA; ALVES, 2014, p. 178).

É claro que o avanço do instituto nos EUA não parou por aí, já que, com as crescentes reclamações apontadas aos então assoberbados Tribunais, em razão do descontentamento dos jurisdicionados com o excesso de formalidade, gastos e lentidão, travou-se uma séria discussão sobre o assunto, resultando na aprovação do “*Civil Justice Reform Act*” em 1990, e do “*Alternative Dispute Resolution Act*” em 1998, que autorizavam as cortes federais a desenvolverem os programas de ADR – *Alternative Dispute Resolution* (LANDE, 2000, p. 4), determinando, sob administração do Departamento de Justiça, o estabelecimento, em nível nacional, de programas alternativos de solução de conflitos, inclusive nos Tribunais. (TARGA, 2004. p. 141).

No que diz respeito aos demais países do globo que hoje praticam a mediação de conflitos, sabe-se que, através de estudos sobre o tema nas últimas três décadas, o instituto vem se disseminando. Por meio de um grupo de pesquisadores franceses, a mediação finalmente se inseriu no território europeu, que, após uma década de utilização, foi sistematizada por meio da alteração do Código de Processo Civil francês, datado de 08.02.1995. (TARGA, 2004. p. 142).

A partir do século XX, a mediação passou a ser amplamente utilizada em vários países, como a França, Inglaterra, Irlanda, Japão, Noruega, Espanha, Bélgica, Alemanha, dentre outros. (RODRIGUES JÚNIOR, 2003, 298).

3.1 O DESENVOLVIMENTO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

No Brasil, a atividade intelectual e acadêmica concernente aos ADR’s (*alternative dispute resolution*), ou métodos

alternativos de resolução de disputas, começou a brotar no meio jurídico após a promulgação da “Lei Marco Maciel”¹¹, que acabou resultando em quatro documentos fundamentais, quais sejam, os Códigos de Ética de Mediação e Arbitragem e os Regulamentos-Modelos respectivos. (OLIVEIRA, 1999. p. 41).

Com o surgimento de instituições para a atuação de árbitros e mediadores, afluíram a necessidade de criação de um órgão nacional de cúpula, que visasse à coordenação, harmonização da atuação e defesa dessas novas organizações. Assim, nasceu o CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem, fundado em 24 de novembro de 1997, durante encontro realizado no Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, denominado “A Arbitragem e a Mediação no continente Americano”, em comemoração ao primeiro ano da Lei da Arbitragem n.º 9.307/96. (OLIVEIRA, 1999, p. 42).

Todavia, foi somente em 1998 que surgiu a primeira proposta de regulamentação da mediação no país, por meio do Projeto de Lei n.º 4.827/1998, apresentado à Câmara pela Deputada Federal Zulaiê Cobra, que tinha a intenção de institucionalizar a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos. O PL, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara e remetido ao Senado, recebeu o número PLC n.º 94/2002, sendo posteriormente alterado em virtude do advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, para adequar-se às novas disposições constitucionais. Aprovou-se, então, a Emenda n.º 1-CCJ, encaminhada à Câmara em julho de 2006, não se tendo, desde então, informações sobre sua tramitação. Por fim, o Projeto de Lei não foi à frente.

Após esse período, a mediação somente voltou à pauta legislativa em 2009, ano em que convocada uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux, encarregada de elaborar o projeto do novo Código de Processo Civil (NCPC). O

¹¹ Lei n.º 9.307/96 – Lei da arbitragem. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm> Acesso em: 15 abr. 2017.

Anteprojeto, convertido no Projeto de Lei no 166/10, tratava na sua Seção “V” dos meios consensuais de pacificação, intitulada “*dos conciliadores e dos mediadores judiciais*” (artigos 134 a 144). Aprovado o texto do PL pelo Pleno do Senado, com apenas duas alterações no que tange à mencionada seção normativa, o mesmo seguiu para a Câmara dos Deputados, onde foi autuado como PL no 8.046/2010.

Nesse meio tempo, entrou em vigor a Resolução n.º 125/2010 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça –, sendo essa a primeira expressão legal que tornou efetiva a necessidade de implementação da mediação nas comarcas do país, determinando a criação, pelos Tribunais, de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMECs – e a instalação no Poder Judiciário de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSCs -, além de realizar um cadastro nacional de mediadores judiciais.

Já vigorando, então, texto normativo que imputava aos foros e tribunais a implementação da mediação, e tornando-se, então, premente a necessidade de regulação do instituto, ampliaram-se, em 2011, as discussões sobre o texto do NCPC por meio de atividades conjuntas desenvolvidas pela Comissão de Juristas, pela Câmara dos Deputados e pelo Ministério da Justiça. Foram chamadas à participação nos debates, inclusive, a sociedade civil e a comunidade acadêmica. O texto tramitou por mais cinco comissões de análise dos anos seguintes, sendo a versão provisória com as alterações sugeridas pela Câmara liberada em junho de 2012.

Após sofrer uma extensa revisão no Senado Federal, o texto foi encaminhado para a Presidência da República em fevereiro de 2015 e sancionado no mês seguinte, no dia 16 de março daquele ano, considerando-se uma grande vitória do instituto que começou a ser disseminado com muito mais rapidez nos meios jurídicos, acadêmicos e sociais.

Alguns meses após ser sancionado o novo Código de

Processo Civil, que positivou e chancelou a mediação como método de resolução de conflitos, um novo marco regulatório do instituto veio à luz com a sanção presidencial, em 26 de junho de 2015, da Lei Brasileira de Mediação n.º 13.140, cuja entrada em vigor ocorreu 180 (cento e oitenta) dias após sua publicação, no dia 29 de junho de 2015, e que dispõe sobre a mediação judicial e extrajudicial como forma de solução de conflitos.

Como se vê, o instituto da mediação no Brasil é ainda muito recente, porém surge em momento mais que oportuno, no qual se verifica uma sociedade saturada e insatisfeita com a resposta da tutela jurisdicional morosa, dispendiosa e, muitas vezes, ineficiente – que muito se assemelha com a situação vivida outrora pelos norte-americanos -, o que justifica a força com que a mediação ingressa na sociedade.

Não é necessário ter intimidade com o meio jurídico ou qualquer relação com processos judiciais para perceber essa realidade que, não é de hoje, já bate à porta dos brasileiros, especialmente quando estão em busca de seus direitos.

O Judiciário brasileiro está acuado frente à notória impossibilidade de se sustentar por meio dos moldes hoje existentes, e face ao inexorável aumento gradual do volume de expectativas e necessidades sociais. Logo, os problemas acerca de meios eficazes de resolver suas controvérsias seguem assolando os brasileiros. (CASELLA; DE SOUZA, 2009, p. 11).

Todavia, não é o assoberbamento do Judiciário apenas que justifica a necessidade da mediação, já que isso, na verdade, é apenas o resultado do quadro que hoje se desenha, inserido em uma estrutura de incentivos que conduz ao litígio, dentro de uma sociedade altamente complexa, marcada pela interdependência de pessoa e setores, conjugada com a rapidez que ocorrem as mudanças e a alta frequência das comunicações, o que leva inevitavelmente à busca e necessidade de implementação de formas mais eficientes de resolução de nossos conflitos. Isso porque, é evidente a necessidade de conceberem-se métodos que deem

conta dos novos desafios, e que acompanhem o ritmo acelerado de uma sociedade sedenta por decisões céleres e pacíficas. (CASELLA; DE SOUZA, 2009, p. 69).

O jurista e professor argentino Warat, no que diz respeito ao tema, lembra que:

Pode se observar, através dos tempos, que a justiça acompanha a evolução do homem dentro de suas necessidades, resultantes da evolução tecnológica, social, política, jurídica e econômica, sendo necessária uma adaptação, pois faz parte de qualquer processo evolutivo o aumento da procura por soluções eficazes, as quais podem ser obtidas não apenas por meios estatais, mas pela própria participação dos litigantes, através de meios alternativos. (WARAT, 2001, p. 51)

A sociedade, inclusive, já madura, alerta e cada vez mais ciente de seus direitos, não direciona seus reclames tão somente às questões extrínsecas, como a morosidade ou o alto custo do sistema jurídico, mas às questões intrínsecas, como os provimentos judiciais que, ao invés de resolverem o conflito, acabam apenas fomentando a animosidade entre as partes e substituindo insatisfações, umas por outras. (CASELLA; DE SOUZA, 2009, p. 12).

Afinal, como bem salientado pelos doutrinadores Paulo Casella e Luciane de Souza:

O processo judicial tradicional está para a realização de direito como a cirurgia está para a conservação da saúde – trata-se de caminho caro, arriscado e ao qual somente se recorre quando falhou-se na prevenção e o diagnóstico do problema chegou muito tarde, não havendo mais condições de trabalhar nas causas. (CASELLA; DE SOUZA, 2009, p. 13).

É então que, acompanhando essa realidade, aparece e ganha força a mediação como meio negocial onde as partes evitam o acirramento do conflito, prezando pela sua autonomia de escolha e decisão, além de receber como bônus a preservação da relação com a outra parte e uma solução na qual ambas participem ativamente do processo, chegando-se a um consenso.

Ocorre que, alterar o *status quo*, e desarmar o espírito competitivo das pessoas, criadas sob uma cultura paternalista e

combativa, é um dos maiores desafios do mediador, especialmente em sociedades onde se monta uma estrutura jurídica que propicia a “cultura do litígio”, reitere-se, como os presentes autores entendem, fomentada, também e precipuamente, em razão dos incentivos irradiados pelo sistema judicial vigente e racionalmente percebidos, já está tão arraigada que as partes associam a própria mediação a um processo litigioso. (CASELLA; DE SOUZA, 2009, p. 109).

E é por isso a importância de enxergarmos as exigências dessa nova era que se apresenta, e conhecermos as alternativas para nos adaptarmos a essa realidade, passando a entender as melhores formas de como lidar com ela.

3.2 A TEORIA DO CONFLITO

Não há como tratar de assunto relativo a métodos de resolução de controvérsias, sejam eles autocompositivos – mediação, conciliação e negociação - ou heretocompositivos – arbitragem e judicial -, sem falar sobre o tema dos conflitos.

E por essa razão, antes de adentrarmos na conceituação *stricto sensu* do instituto da mediação, pertinente tecermos algumas considerações acerca da teoria do conflito.

A doutrinadora Angela Oliveira (OLIVEIRA, 1999, p. 9), ao tratar do tema relativo aos conflitos, esclarece que conflito, na condição de “*divergências geradas a partir de diferenças entre partes, é fato natural das relações entre pessoas físicas, jurídicas, Estados.*”

Na verdade, as relações são fato natural da vida comunitária, e, sendo impossível de se imaginar uma sociedade sem relações entre pessoas, igualmente impossível se cogitar de uma sociedade sem conflitos, realidade que se agrava quanto mais os indivíduos acreditam na insuficiência dos recursos disponíveis. Isso porque, a mentalidade da escassez é a principal propulsora da abordagem perde-ganha. (URY, 2015. p. 62).

A existência do conflito é não só inerente à vida em sociedade, como necessária para seu desenvolvimento, já que não raro seja a injustiça corrigida por meio da existência de um sério conflito. Ainda, na forma de concorrência de negócios, o conflito ajuda a criar prosperidade. Ele está na raiz do processo democrático, em que as decisões resultam não do consenso superficial, mas da exploração de diversos pontos de vista e da busca de soluções criativas. (URY; FISHER, 2014. p. 13).

Ao contrário do que muitos pensariam a respeito, nas democracias os conflitos em vez de serem suprimidos acabam por emergir, fato que faz com que esse sistema de governo pareça mais turbulento e belicoso quando comparado a modelos autoritários. (URY; FISHER, 2014. p. 12).

O que ocorre, na verdade, é que em sistemas democráticos há o aumento da liberdade dos indivíduos, o que resulta em choques de interesses e disputas livres por recursos disponíveis, porém escassos, gerando maior número de conflitos. Daí já se pode começar a observar o conflito como algo positivo, que condiz com uma maior liberdade dos sujeitos.

A sociedade vive hoje um momento em que a diversidade é a regra, e no qual se busca legitimar essa diversidade, que não dá quaisquer indícios de retrocesso, muito pelo contrário – até porque, a diversidade condiz com a liberdade. Acontece que a diversidade sempre foi vista como uma ameaça, já que acaba por criar o conflito, resultante da divergência de interesses em relação a uma mesma situação. Porém, o conflito não é senão o motor do processo social, do processo humano e das suas mudanças. (OLIVEIRA, 1999. p. 111).

Devemos, portanto, readaptar nossa visão sobre o conflito, deixando para trás a ideia preestabelecida de analisar o conflito sob um prisma negativo, para então passar a percebê-lo como fato inerente à vida em sociedade, na medida em que coabitamos em um meio composto por recursos escassos a serem divididos por indivíduos racionais, com interesses conflitantes.

Nos primórdios do século XX, Mary Parker Follet, jurista, filósofa e economista norte americana, pioneira na teoria organizacional, esclareceu que existem três formas de reagir ao conflito, sendo elas: a dominação, o compromisso ou a integração. A dominação pressupõe a vitória de uma parte sobre a outra – imposição das pretensões de uma sobre a outra –, enquanto o compromisso pressupõe que cada uma das partes tem que desistir de alguma coisa para reduzir o atrito, o que leva normalmente a uma insatisfação de ambas por desistirem de algo que valorizam; já a integração pressupõe o manuseio do conflito de uma forma positiva com a integração de interesses, criação de novas opções e encontrando uma solução na qual ambos interesses encontrem espaço, atendendo aos objetivos, às necessidades e às vontades das partes. (FOLLET, 1996, p. 67-68).

Follet teria sido a primeira a tratar e pensar o conflito de forma positiva, como parte natural e inevitável da vida, que não necessariamente leva a resultados destrutivos e prejudiciais, mas ao contrário disso, se abordado de forma correta, pode representar uma oportunidade de desenvolvimento construtivo, auxiliando as pessoas na criação de valor. (DE TOLEDO; TOSTA; ALVES, 2014. p.173).

Assim, após entendermos a inevitabilidade do conflito e modificarmos a visão até então muitas vezes distorcida sobre o mesmo, percebemos que nosso desafio não é eliminá-lo, mas transformá-lo. Precisamos modificar a forma como lidamos com nossas diferenças – em vez de pensarmos os conflitos de modo antagonico e destrutivo, buscar soluções conjuntas e pragmáticas. (URY; FISHER, 2014. p. 13-15).

A partir do momento em que o conflito é percebido como um problema conjunto a ser solucionado por ambas partes, e não criação unilateral da uma das partes, permite-se potencializar os recursos, assim como as habilidades das pessoas para encontrar caminhos satisfatórios. (OLIVEIRA, 1999, p. 111).

E é diante da inevitabilidade da existência do conflito

que a mediação passa a ser o meio de resolução de disputadas que começa a crescer e ganhar força a uma velocidade que impressiona, uma vez que esse método cooperativo e autocompositivo atribui reconhecimento ao conflito e o valoriza, no sentido de destacar seus aspectos positivos, para fins de se alcançar maior satisfatividade e eficiência na sua resolução. (OLIVEIRA, 1999. p. 93).

3.3 O CONCEITO DE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Conceituar a mediação é necessidade primária para sua compreensão e desenvolvimento, mormente considerando se tratar de figura relativamente nova, sendo ainda carecedora de uma precisa definição na doutrina que hoje trata do tema, o que atrasa, inclusive, o avanço do instituto.

Pois bem, como se depreende da lição do jurista Adolfo Braga Neto, o mesmo define a mediação da seguinte forma:

(...) uma técnica não-adversarial de resolução de conflitos, por intermédio da qual duas ou mais pessoas (físicas, jurídicas, públicas, etc.) recorrem a um especialista neutro, capacitado, que realiza reuniões conjuntas e/ou separadas, com o intuito de estimulá-las a obter uma solução consensual e satisfatória, salvaguardando o bom relacionamento entre elas. (OLIVEIRA, 1999. p. 93).

Por outro lado, para a advogada e ex-deputada federal Zulaiê Cobra, responsável pela elaboração do primeiro projeto de lei de mediação, segundo o art. 1º, do referido Projeto de lei n.º 4827/1998, denota-se que *“Para os fins desta Lei, mediação é 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.”*¹²

¹² Projeto de Lei n.º 4.827/1998 – artigo 1.º. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158>> Acessado em: 19/04/2017.

A sua maneira, o jurisdoutrinador Andrew Floyer Acland compreende o instituto da mediação do seguinte modo:

(...) utilizar a um terceiro imparcial que ajude as partes em litígio a fazer coisas que talvez sem ajuda nunca fariam. De modo que a base da mediação é a negociação, e a tarefa do mediador consiste em introduzir algumas características especiais para modificar o enfoque baseado na confrontação, que enfoca a negociação como um campo de batalha, e orienta-la até a solução do problema. O mediador ajuda as pessoas a dialogar, evitando gerar mal-entendido, estabelece as formas de trabalhar, aclara os problemas e busca soluções aceitáveis para ambas as partes. Em teoria as partes em conflito deveriam sair do processo sentindo-se satisfeitas porque todas as suas necessidades e interesses foram levados em conta, porque teriam chegado ao melhor resultado possível e porque estão dispostas a repetir o processo da próxima vez que surja um problema. (ACLAND, 1993. p. 32).

E por fim, para a Lei de Mediação,¹³ no seu art. 1º, § único, entende que “*Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.*”

Encontra-se, na doutrina relativa ao tema, outras diversas e diferentes conceituações, porém, pelo que se constata, não há, ainda, definição completa o suficiente a ponto de esclarecer o que seja, de modo exauriente e integral, o instituto da mediação, sequer uma caracterização que torne mais fácil a sua aplicação e plena compreensão.

Certo é, contudo, que por meio da análise comparativa e aprofundada do tema e dos conceitos até hoje elaborados por inúmeros estudiosos, é possível se verificar os aparentes equívocos que vêm sendo cometidos, e então aprimorar a conceituação do instituto.

Denota-se, primeiramente, que o conceito de mediação

¹³ LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm > Acesso em 02 de abr 2017.

expresso no projeto de lei da ex-deputada Zulaiê, o qual foi posteriormente abarcado pela Lei de Mediação hoje em vigor, de forma equivocada, trata a mediação como uma atividade técnica.

Ocorre, todavia, que se entende por atividade técnica o exercício de alguma faculdade específica por alguém capacitado para tanto. Logo, a atividade técnica de que trata a mencionada Deputada e a Lei de Mediação, seria, na verdade, a atividade de “mediar”, essa sim exercida pelo mediador, durante uma seção de mediação.

Entrementes, pode-se dizer que a mediação é, em realidade, meio ou método utilizado para se chegar a determinado fim, tal como o processo judicial, a arbitragem ou a conciliação, dentre outros, os quais buscam à resolução de um conflito existente, e não uma atividade técnica, sendo que a mediação está para o processo judicial, da mesma forma que a atividade de mediar está para a atividade de julgar.

No que diz respeito a sempre levantada discussão acerca de se tratar de um método “alternativo” ou “adequado” de resolução de controvérsias, denota-se que a opção mais acertada é aquela na qual o instituto é tratado como meio “alternativo” – “1. *Que se diz ou faz com alternância*; 2. *Que vem ora um, ora outro*. 3. *Diz-se das coisas de que se pode escolher a que mais convenha*” (FERREIRA, 1996, p. 92-93) –, já que pode ser preferível ou eleito pelos envolvidos frente a outros métodos, ainda que seja tão adequado quanto os demais meios – judicial ou arbitragem -, podendo ser, inclusive, inadequado e não recomendável em determinados casos.

Outrossim, no que tange à figura daquele que exerce a atividade de mediar, acredita-se que não cabe falar em terceiro imparcial, pois tal adjetivo condiz com aqueles que julgam ou emitem opinião sem tomar partido, como seria o caso dos juízes, árbitros ou mesmo dos conciliadores – o mediador não julga, sendo irrelevante, portanto, tal qualificação para sua definição. Na verdade, caracterizar o mediador como imparcial seria

atribuir-lhe o caráter de decisor ou julgador, o qual ele não tem e nem lhe cabe para seu ofício. Nesse sentido, conforme esclarece o dicionário Aurélio (FERREIRA, 1996, p. 920), imparcial é o adjetivo daquele “1. *Que julga desapassionadamente; reto; justo.* 2. *Que não sacrifica a sua opinião à própria conveniência, nem às de outrem*”.

Portanto, o executor da atividade de mediar, ou seja, o mediador, não se trata de um terceiro imparcial, mas sim de terceiro neutro ou neutral, que, por definição, é o adjetivo imputado a aquele “*Que não toma partido nem a favor e nem contra, numa discussão, contenda, etc.*” (FERREIRA, 1996, p. 920), inferindo-se de tal definição a própria figura do mediador.

Pode-se dizer que “*Ao julgar procedente ou improcedente um pedido no bojo de uma ação, o juiz decide o conflito diante de seu convencimento e a neutralidade desaparece, permanecendo a imparcialidade.*” (ANDRADE, 2009, p. 491)

Assim, após a análise da forma como o instituto vem sendo tratado por diferentes doutrinadores e pela legislação, é possível se chegar à seguinte conclusão acerca da sua conceituação, qual seja, a mediação é meio ou método – no sentido de procedimento – de resolução de conflitos, extrajudicial ou judicial, autocompositivo e não-adversarial, voluntário, normalmente confidencial e informal, por meio do qual um terceiro neutro ou neutral, escolhido ou aceito pelas partes, dotado das aptidões técnicas necessárias para tanto, cria o ambiente necessário para os mediados retomarem ou estabelecerem uma comunicação, auxiliando-os a alcançar uma solução que, de forma eficiente e informada, satisfaça os interesses de todos os envolvidos.

3.4 A FIGURA DO MEDIADOR

O mediador se utiliza do método que preza pela escuta ativa, ou escutar com empatia – colocando-se no lugar do outro

-, a qual requer que toda a atenção seja concentrada na mensagem da outra pessoa, dando às partes envolvidas – os mediandos ou mediados - o tempo e espaço que precisam para se expressarem completamente e se sentirem compreendidos. (ROSENBERG, 2006. p. 135).

Sua função principal é a de facilitador, na medida em que possui como missão primordial possibilitar a comunicação entre as partes, proporcionando as condições necessárias para que obtenham a melhor solução para suas controvérsias. (MORAIS, 1999. p. 152-153).

Nos processos de mediação, aquele que exerce a atividade de mediar deve levar sempre em conta a necessidade de preservação das relações pós-conflito, seja nas relações familiares, comerciais ou comunitárias. (OLIVEIRA, 1999. p. 110).

Para a doutrinadora Lilia M. de Maris Sales, as aptidões do mediador podem ser descritas da seguinte forma:

Ajuda a se discutir com respeito, coordena a discussão, ressalta as convergências e divergências, investiga os pontos de atrito, motiva a criatividade na procura de soluções, auxilia as partes a descobrir seus reais interesses, permitindo que o acordo seja justo, satisfatório, equitativo e duradouro. (SALES, 2004. p. 80).

Adiciona-se, ainda, que é o mediador detentor de técnicas específicas que possibilitam a criação do ambiente adequado ao alcance de resultados eficientes, traduzindo-se na utilização das doze ferramentas que estão a sua disposição, sendo elas a: 1) Recontextualização; 2) Audição de propostas implícitas; 3) Afago; 4) Silêncio; 5) Sessões individuais (cáucus); 6) Troca/Inversão de papéis; 7) Geração de opções; 8) Normalização do conflitos; 9) Organização de questões; 10) Enfoque prospectivo; 11) Testes de realidade; e 12) Apresentação de perguntas orientadas para soluções.

O mediador, na condição de terceiro neutro, que auxilia as partes a alcançarem um acordo que contemple seus interesses – ou ao menos as aproxima, de forma a equilibrar suas

informações e possibilitar a tomada de decisões informadas –, não tem poder de decisão, como o juiz, sendo vedado ao mediador proferir decisão sobre as questões aos seus cuidados. (HOROWITS, 1997. p. 145).

É possível verificar, portanto, através das funções do mediador, que a mediação propõe uma retomada dos poderes e responsabilidades individuais antes transferidos ao Estado, a terceiros ou a outras instituições que paternalizam a vida coletiva (OLIVEIRA, 1999. p. 111).

Hoje, a sociedade civil reclama uma descentralização de poderes, a privatização que devolve o poder de decisão ao mercado e o “protagonismo” como possibilidade de retornar esse poder ao indivíduo. (OLIVEIRA, 1999. p. 111).

A habilidade mais importante de um mediador, se tivesse de ser escolhida apenas uma, certamente seria a de se colocar no lugar da outra pessoa e, para tanto, utilizar-se da escuta ativa. Isso porque a mediação – principalmente a linear, que trataremos no próximo tópico – pressupõe a habilidade de negociação, que é um exercício de influência, ou seja, é tentar mudar a posição de alguém. Portanto, o primeiro passo para que isso ocorra, é conhecer essa posição e os interesses por trás dela. (ROSENBERG, 2006. p. 21).

3.5 OS DIFERENTES MODELOS DE MEDIAÇÃO

Existem vários modelos ou escolas de mediação de conflitos, as quais utilizam-se de diferentes métodos de execução do instituto, sendo o Modelo de Harvard (tradicional linear), o Modelo Transformativo (Bush e Foger) e o Modelo Circular Narrativo (Sara Cobb) os mais utilizados nos países que praticam a mediação de conflitos.

Cada modelo apresenta suas peculiaridades, que devem ser sempre observadas e levadas em consideração no momento da realização de uma mediação, optando-se sempre por aquele

que melhor se adequa ao caso, ou aquele no qual o mediador mais acredita na eficiência.

3.5.1 MODELO TRADICIONAL-LINEAR DE HARVARD

O projeto de negociação de Harvard se desenvolveu como alternativa à barganha posicional: um método de negociação explicitamente concebido para produzir resultados sensatos, de forma eficiente e amigável. Esse método foi denominado de negociação baseada em princípios ou negociação baseada em méritos, na qual se propõe o enfoque em interesses ao invés de posições (URY; FISHER, 2014, p. 33).

O método de negociação baseada em princípios, ou a mediação baseada no modelo tradicional-linear, teve origem na mediação empresarial e foi direcionado, mais tarde, para conflitos na seara familista, sendo que sua principal ferramenta de aplicação é a negociação.

Esse modelo consiste em deliberar sobre as questões em pauta levando em conta os seus méritos e não promovendo um processo de regateio focado naquilo que cada lado afirma que fará ou deixará de fazer. O método sugere que se busquem ganhos mútuos, sempre que possível, e que, no caso de conflitos de interesses, insista-se em que o resultado tenha por base padrões justos, independentes das vontades de cada lado. (URY; FISHER, 2014, p. 22).

A Escola de Harvard, que é hoje considerada a mais importante no estudo da negociação, trabalha os possíveis caminhos para vencer cada dia um dos obstáculos, introduzindo conceitos claros e essenciais que foram incorporados à mediação. Entre eles, a diferença entre posições e interesses que mudou a visão da vontade das partes, de manifesta à subjacente, mostrando a importância da escuta e da investigação. (OLIVEIRA, 1999, p. 119).

Todavia, reconciliar interesses não é uma tarefa fácil, já

que exige sejam tratadas preocupações já há muito enrijecidas, buscando-se soluções criativas, sendo necessário lidar com emoções, fazendo-se concessões e trocas. (OLIVEIRA, 1999. p. 119).

Entende a teoria harvardiana que a melhor forma de reconciliar interesses é a negociação, por isso a denominação recebida de “negociação baseada em interesses” (*interested-based negotiation*), “negociação com princípios” (*principled negotiations*) ou “negociação solução de problemas” (*problem-solving negotiation*). O enfoque reside no tratamento da controvérsia como um problema mútuo, de ambas as partes, e não criado por apenas uma delas. (DE TOLEDO; TOSTA; ALVES, 2014. p.185).

O professor da Universidade de Harvard e antropólogo americano Willian Ury entende que para a comunicação ser eficaz, ela deve passar pela negociação, ou seja, deve sempre privilegiar o bom senso, sendo o processo de negociação o meio pelo qual a mediação se desenvolve, não sendo papel do mediador negociar pelas partes, mas contribuir para que elas próprios encontrem as melhores alternativas para se alcançar ao acordo.

A escola tradicional linear da Escola de Direito de Harvard (*Harvard Law School*) e do PON (*Program on Negotiation at Harvard Law School*), também conhecida como “mediação satisfativa”, adota a linha da mediação passiva, ou seja, não existe a intervenção direta do mediador, que apenas exercerá o papel de facilitador do diálogo entre as partes, utilizando-se de técnicas para alcançar o objetivo principal da mediação Tradicional-Linear de Harvard, que é a construção do acordo.

Essa escola encontra fundamento na comunicação entendida em seu sentido linear, ou seja, o mediador tem como função ser um facilitador da comunicação para poder conseguir um diálogo que é entendido como uma comunicação bilateral efetiva.

No início do processo de mediação, esse modelo propõe que as partes devem se expressar numa espécie de catarse, para

que se acalmem e possam pensar melhor. Tem como princípios a imparcialidade, neutralidade e equidistância, pois o conflito é percebido como um movimento caótico que precisa ser colocado em ordem. Segundo Ilana Martins Luz:

(...) o processo baseia-se numa oitiva alternada, por meio da qual uma das partes ouve, silenciosamente, a outra parte abordar o seu ponto de vista da situação problemática; ao final, sem modificar as versões, as partes devem chegar, auxiliadas pelo mediador, a um acordo que melhor atenda aos interesses de ambos. (LUZ, 2015, p. 121).

Essa proposta encontra críticas em razão de não ter como escopo trabalhar os sentimentos das partes e suas relações, mas basicamente encontrar um acordo mutuamente vantajoso. O objetivo é descobrir a causa do problema e obter o acordo, não levando em consideração o contexto em que o conflito é produzido.

3.5.2 MODELO TRANSFORMATIVO DE BUSH E FOLGER

A mediação transformativa foi um modelo iniciado em 1994, elaborado por Robert A. Barush Bush, teórico da negociação, e Joseph F. Folger¹⁴, teórico da comunicação. Este modelo criado, aplicado e adaptado em todo mundo, tem como objetivo situar o acordo como uma possibilidade, entendendo-se, dessa forma, como diferente do modelo harvardiano, que teria o acordo como principal objetivo. Esta Escola Clássica visa a trabalhar os interesses e necessidades das partes e não somente a posição cristalizada do conflito.

Para os criadores dessa corrente, professores Robert Baruch Bush e Joseph Folger, a capacitação das partes, por meio do seu empoderamento e instrução sobre técnicas de negociação, deve ser considerada como objetivo da autocomposição e, indistintamente, de um sistema processual, para que aprendam a

¹⁴ V. BARUCH BUSH, Robert et al. *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*. São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1994.

responsabilizar-se e adonar-se de seus conflitos e resolve-los por si mesmas. Assim, seria possível munir os indivíduos com a capacidade de resolução de disputas, proporcionando-lhe o reconhecimento mútuo de interesses e sentimentos, o que gera, como consequência, uma aproximação real das partes e uma humanização do conflito decorrente dessa empatia. (V. YARN, 1999. p. 418).

Na verdade, esse modelo ou escola de mediação, assim como o modelo circular-narrativo também se apoia no fundamento de focar em interesses e em criação de valor, de forma que não se tratam de modelos contrapostos ao modelo linear harvariano, mas sim desdobramento daquele que seria sua linha mestra (DE TOLEDO; TOSTA; ALVES, 2014. p. 183). Pensar de forma diferente disso, tratando cada modelo com uma oposição ao outro, acabaria por causar considerável dificuldade no momento de explicar as diferenças entre as escolas, já que a base é a mesma.

A escola transformativa considera, em primeiro plano, as inter-relações entre as partes trazendo à mediação uma revisão das relações, ou seja, já não se pensa no acordo, que, para essa escola, surgirá naturalmente quando as pessoas envolvidas possam dialogar. Todo o conflito é um conflito de inter-relação, logo, se não se modificam as pessoas nessa relação, não poderemos avançar na solução do problema. (OLIVEIRA, 1999, p. 119).

Os doutrinadores Armando Sérgio de Toledo, Jorge Tosta e José Carlos Ferreira Alves (2014, p. 183), ao tratar dessa escola, assim esclarecem:

Os adeptos dessa corrente querem se distanciar da tradição de mera “solução de problemas” na mediação, buscando mudar o paradigma da visão de mundo individual e relacional; para essa corrente, as disputas não devem ser vistas como problemas, mas sim como oportunidades de crescimento moral e transformação. Nessa concepção, empoderamento e reconhecimento são os dois mais relevantes efeitos que a mediação pode gerar e atingi-los é o objetivo mais importante. (DE TOLEDO;

TOSTA; ALVES, 2014. p. 186).

Para essa escola, a transformação na relação entre os litigantes viabiliza o refazimento dos laços afetivos e consequentemente, leva ao acordo. Nesse modelo o mediador tem como foco a mediação passiva, ou seja, não existe a intervenção direta do mediador, que utiliza de técnicas de negociação para facilitar o diálogo entre as partes, para que juntas e de forma autônoma, possam construir uma decisão através do diálogo. O *empowerment* ou emponderamento das partes é de suma importância para que as mesmas solucionem por si só o conflito.

Registra-se que este modelo trabalha o conflito na sua integralidade, ou seja: o aspecto emocional, afetivo, financeiro, psicológico e legal.

O Modelo transformativo de Bush e Folger fundamenta-se também na comunicação, mas com foco no aspecto relacional. Trabalha para o empoderamento das partes, que devem ser vistas como responsáveis por suas ações, ou seja, é voltado para o reconhecimento do outro como protagonista de sua vida e co-protagonista do conflito. Nas palavras de Ilana Martins Luz (2015, p. 123) “*o mérito da mediação transformativa é o incremento do poder das partes, que devem protagonizar o seu conflito e, por meio do processo mediativo, recuperar a sua autoestima, rompida com o problema vivenciado*”.

Tem, ainda, como meta modificar a relação entre as partes, sendo, portanto, o oposto do Modelo Harvardiano, pois não objetiva apenas obter o acordo, mas é centrado na transformação das relações.

Nesse sentido, o processo não vislumbra a desestabilização das pessoas, com a desconstrução das histórias iniciais e criação de uma história alternativa, como propõe o modelo Circular-Narrativo. Contudo, costuma ser elogiado e considerado como o mais completo justamente porque tem o objetivo de reconstruir a relação rompida, sem desconsiderar a importância do acordo.

Conclui-se que, a meta dessa escola é, acima de tudo,

transformar a relação entre as partes, não importando se é celebrado ou não um acordo desde que haja uma “transformação relacional”. (DE TOLEDO; TOSTA; ALVES, 2014. p. 186).

3.5.3 MODELO CIRCULAR-NARRATIVO DE SARA COBB (PÓS-MODERNA OU NARRATIVA)

O Modelo Circular- Narrativo de Sara Cobb, professora norte americana, fundamenta-se na comunicação circular, focada na desconstrução das narrativas iniciais feitas pelos envolvidos, através da realização de perguntas circulares que promovam a mudança de foco do problema, permitindo diferentes conotações e compreensões sobre a questão vivenciada, rumo à construção de uma outra história.(DE TOLEDO; TOSTA; ALVES, 2014. p. 187).

Essa escola enfatiza a comunicação em seus aspectos expressivos de conteúdo e de inter-relação. Nossa expressão de nós mesmos e o que nos acontece é tomado como uma narrativa rígida a ser mudada, flexibilizada, através da investigação e no reconhecimento da pluralidade de elementos intervenientes nos conflitos. (OLIVEIRA, 1999, p. 119).

Corresponde a um processo que agrega ao modelo de Harvard premissas da teoria dos sistemas de Luhmann, havendo, nesse modelo de mediação, uma preocupação primordial com a circularidade e a interdependência das pessoas. Ainda, essa escola privilegia tanto as relações quanto o acordo.

Nessa espécie de mediação, o foco se centraliza na necessidade de compreensão da outra parte, ou seja, usar da empatia para entender as particularidades, interesses, objetivos e características da outra pessoa.

Pode-se se dizer que, diferente do modelo linear de Harvard, através da escola circular-narrativa não se analisa a causa imediata que originou aquele problema – a causalidade não é mais imediata -, mas o conjunto de causas remotas,

anteriores, que, de alguma forma, contribuíram para que o conflito se desenvolvesse.

A proposta inclui elementos verbais - os quais se relacionam ao conteúdo - e paraverbais (corporais, gestuais etc.), que tenham a ver com a relação. Ela sustenta que o conflito não necessariamente deve ser associado ao antagonismo e a agressão nas relações, mas deve ser visto como uma presença interna e quase contínua em cada pessoa. Existe uma pulsão permanente entre o desejo e o ter, razão pela qual deve ser diferenciado o conflito da disputa. Além disso, existe uma causalidade de tipo circular, a qual permanentemente se realimenta.

Entende-se que, alcançado seu objetivo, ao final das sessões de mediações através desse modelo, os mediados – ou mediandos - estariam aptos a contar suas histórias sob outro enfoque, ou seja, a partir de diferentes perspectivas dos mesmos fatos encontrar, na trajetória narrada, uma nova visão acerca da realidade preexistente, encontrando habilidades e competências próprias para gerir seus conflitos. E quando essa nova realidade aflora, passam a projetar seu futuro com atitudes colaborativas e sentimentos solidários. (GROSMAN; MANDELBAUM, 2011, p. 218).

4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E MEDIAÇÃO

Estudar os fenômenos jurídicos pelas lentes da análise econômica do direito permite, entre outros aspectos, analisar e comparar a eficiência das soluções jurídicas alternativas, verificando os custos dos instrumentos na persecução de seus fins e as consequências econômicas das intervenções jurídicas na sociedade.

Nessa toada, a análise econômica do direito busca muito dos seus subsídios nos princípios da microeconomia, que diz respeito ao comportamento e tomada de decisão por indivíduos e agrupamentos – famílias, firmas, instituições governamentais e

o próprio estado -, em função dos incentivos gerados. A microeconomia é, de forma sucinta, o estudo da forma como os recursos escassos existentes são alocados entre as opções alternativas, oferecendo uma teoria geral sobre a maneira como os indivíduos tomam esse tipo de decisões. (ULEN; COOTER, 2010. p. 35-36).

Ainda que somente na atualidade as relações entre o direito e a economia tenham aflorado com mais contumácia no meio jurídico brasileiro, essa interação não é recente. Há longos anos, inclusive por meio da influência de grandes pensadores econômicos, como Adam Smith, Karl Marx e John Maynard Keynes, que lançaram ideias sobre o direito e a sua aplicação, influenciam até hoje a sua interpretação, elevando-se o pensamento jurídico a um novo e diferente grau de compreensão e análise. (COASE, 2016. p. XI).

Essa diferente forma de se compreender e analisar o direito por meio do instrumental arregimentado pelas ciências econômicas, que abarca e sistematiza outras áreas do conhecimento humano, por exemplo, a microeconomia, a macroeconomia, a estatística, a matemática, a psicologia, entre outras, a chamada análise econômica do direito (ou, mais adequadamente, a abordagem de Direito e Economia), tem, ao longo do tempo, crescido em importância e atenção, em especial por parte da percepção dos juristas e economistas. (COASE, 2016. p. XI).

Para Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Jr, sucintamente, pode-se definir a análise econômica do direito da seguinte forma:

A Análise Econômica do Direito é essencialmente um movimento interdisciplinar, que traz para o sistema jurídico as influências da ciência social econômica, especialmente os elementos “valor”, “utilidade” e “eficiência”. Busca aplicar seu método a todas as searas do direito, apresentando um novo enfoque de forma dinâmica – desde aquelas em que é fácil vislumbrar a inter-relação, como o direito da concorrência e contratos mercantis – até aquelas em que causa maior estranheza para o jurista, como no direito penal e nas relações familiares.

(RIBEIRO, 2015. p. 83).

O movimento de Direito e Economia busca, através da tomada emprestada de métodos e teorias econômicas, realizar a verificação de instituições centrais do sistema jurídico (ULEN; COOTER, 2010. p. 17), considerando as normas jurídicas não apenas como postulados arcanos e técnicos, mas sim instrumentos para atingir objetivos sociais importantes, os quais são seus verdadeiros objetivos. (ULEN; COOTER, 2010. p. 26).

Assim, a economia, de forma diversa do que até então se apresentava para fins de estudo e análise do sistema jurídico, proporcionou uma teoria verdadeiramente científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento das pessoas. Os economistas passaram, por meio da utilização da Teoria dos Preços, a perceber as sanções de forma assemelhada aos preços, o que lhes possibilitou notar que as pessoas reagem às sanções, na maior parte, da mesma forma como reagem aos preços – ou seja, de modo geral e simplificado, as pessoas reagem aos preços mais altos consumindo menos, da mesma maneira como reagem às sanções mais duras, praticando, em regra, menor quantidade da atividade sancionada. (ULEN; COOTER, 2010. p. 25).

Nesse mote, possível compreender, por exemplo, que a responsabilidade civil nada mais é do que uma sanção imposta por danos causados a outros (ULEN; COOTER, 2010. p. 25). Assim, quando não existe uma relação prévia entre as partes, ou, ainda que exista, não haja uma previsão sobre como resolver uma situação conflituosa surgida entre elas, as cortes precisarão alocar, *ex post*, os riscos de determinada atividade, atribuindo a responsabilidade a uma das partes e, dependendo de como se decidir, uma ou outra parte terá que arcar com os custos desses riscos e, portanto, deverão adequar as suas condutas ponderando previamente (precificando) tais circunstâncias.

Da mesma forma ocorre quando não existem precedentes que ofereçam normas claras para resolver uma determinada disputa, de modo que o juiz precisa criar a norma, necessitando,

assim, mais uma vez, atentar-se para a alocação dos riscos e dos impactos que sua decisão implicará para toda a sociedade. (ULEN; COOTER, 2010. p. 85).

Não há como deixar de reconhecer que a forma como o tribunal distribuir o prejuízo entre as partes gerará, inevitavelmente, duas consequências simultâneas – a primeira delas será a resolução da disputa entre os litigantes (de forma satisfatória ou não), e a segunda será a orientação das partes que, no futuro, estiverem em circunstâncias similares, de como os tribunais irão resolver sua disputa, o que as leva, assim, a reagirem a essa decisão. Pode-se dizer que esses aspectos da decisão são entendidos como o da “resolução de disputa” e o da “criação de regras” dos tribunais. (ULEN; COOTER, 2010. p. 25). Exatamente nesse sentido que se refere ao caráter de bem público das decisões judiciais.¹⁵

Percebe-se, assim, que resolver um litígio, na maioria das vezes, resulta na alocação do risco entre as partes, o que gerará um incentivo para o comportamento futuro de indivíduos que se encontrem em situação semelhante, não se limitando, a abrangência e a repercussão das decisões, tão-somente às partes envolvidas na determinada contenda. (ULEN; COOTER, 2010, p. 30).

A economia, nesse sentido, compreende o estudo dos incentivos, isto é, a forma como as pessoas reagem a determinados eventos – normas, decisões, atos, etc. – e como essas pessoas, ao final, obtém aquilo que querem ou precisam, mormente quando outros indivíduos também querem a mesma coisa ou dela precisam. (LEVITT; DUBNER, 2005, p. 22).

Para o economista Steven Levitt e o jornalista Stephen J. Dubner (2005, p. 22), “*Um incentivo é uma bala, uma alavanca, uma chave: geralmente um objeto pequeno com incrível poder*

¹⁵ CARVALHO, Cristiano; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *The Overcoming of Legal Rules in the Judges' Decision-Making: a Maximizing Model*. UC Berkeley. 2009. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/4h7508fp>>. Acesso em: 30 de jul. 2017.

de alterar uma situação”. Ainda, acrescentam (2005, p. 22) que os *“Incentivos não passam de meios para estimular as pessoas a fazer mais coisas boas e menos coisas ruins. Mas a maioria deles não surge espontaneamente. Alguém – um economista, um político, os pais – tem que criá-los”*.

Os incentivos são, na verdade, a pedra de toque da vida moderna, de forma que compreendê-los - a maneira como funcionam -, e investigá-los, é a chave para a solução de praticamente qualquer questão, seja àquelas relacionadas aos crimes mais violentos, até questões mais simples como relacionamentos na *internet*. (LEVITT; DUBNER, 2005, p. 15).

Portanto, considerando a relevância dos incentivos que uma norma – em seu sentido mais amplo – pode gerar nos indivíduos de uma sociedade, o criador dessa deve sempre observar de que forma essa determinada norma, seja para resolver uma disputa específica, seja para ser positivada em uma legislação, irá afetar o comportamento dos sujeitos que vierem a se encontrar em situações semelhantes no futuro. E, ainda mais importante que isso, antes de emanar essa determinada ordem, verificar se esse comportamento que ela irá incentivar é, de fato, desejável. (ULEN; COOTER, 2010. p. 29).

Sob o ponto de vista da eficiência econômica, as cortes deveriam se atentar para a atribuição de responsabilidade por prejuízos de modo que torne mais eficiente o comportamento futuros dos indivíduos e, portanto, eventuais partes. Assim, um meio de obter esse resultado é atribuir a responsabilidade pelas perdas à parte que poderia ter assumido o risco a um custo menor. (ULEN; COOTER, 2010. p. 29).

A partir dessa análise inicial, e, portanto, através da análise econômica, denota-se o papel do direito e da Justiça não apenas como provedores da tutela jurisdicional, mas, muito mais que isso, como balizadores¹⁶ do comportamento, ou seja, é

¹⁶ Para aprofundamento, ver: CARVALHO, Cristiano; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *The Overcoming of Legal Rules in the Judges' Decision-Making: a*

possível perceber as normas e decisões judiciais como incentivos para o adequado comportamento – como, por exemplo, preços implícitos – e como instrumento para atingir objetivos de políticas públicas, como a eficiência e a redistribuição. (ULEN; COOTER, 2010. p. 33).

Até mesmo porque, os especialistas são seres humanos e seres humanos reagem a incentivos. Assim, o tratamento que uma pessoa vai receber de qualquer especialista depende de como os incentivos desse especialista funcionam, e assim, deve-se esperar ou torcer para que esses incentivos funcionem também para si. (LEVITT; DUBNER, 2005. p. 9).

Com efeito, compreendendo-se a forma de aplicação da teoria econômica frente aos institutos jurídicos, possível demonstrar de que maneira a mediação de conflitos é meio eficiente para a consecução dos fins a que se propõe o direito e seus operadores, na condição de balizadores do comportamento, mantenedores da paz e harmonia social, e redutores de custos de transação.

4.1 ANÁLISE ECONÔMICA DA MEDIAÇÃO

A interrupção da escalada do conflito ao litígio, a extinção de lides marginais, a sobrevivência das empresas, mercados e relações, exigem que situações conflitantes sejam resolvidas com eficiência econômica em amplo sentido, celeridade e eficácia. (LEVITT; DUBNER, 2005. p. 9).

As transações realizadas com cuidado e o cumprimento das regulamentações permitem que as empresas evitem a maioria das discordâncias. Quando as partes não conseguem evitar discordâncias, resolvê-las com eficiência evita o desperdício de recursos ou otimiza a sua alocação. (ULEN; COOTER, 2010. p. 26-27).

A teoria econômica pressupõe que cada agente econômico maximize a sua utilidade (benefícios) e os modelos que supõem esse comportamento maximizador funcionam porque os indivíduos são, em regra, racionais, sendo que essa racionalidade induz à maximização – um agente racional pode classificar alternativas conforme o grau de satisfação proporcionado por cada uma delas – um consumidor racional deveria escolher a melhor alternativa entre as quais as restrições permitem (ou restrição orçamentária); e escolher a melhor alternativa que as restrições permitem pode ser descrito matematicamente como maximização, ou seja, maximizar a função de utilidade dependendo da restrição de viabilidade. (ULEN; COOTER, 2010. p. 36-37).

Nesse sentido, a teoria econômica trabalha com os denominados custos de oportunidade, que dizem respeito ao custo econômico de uma alternativa que foi deixada de lado, e isso se aplica às decisões de todos os agentes econômicos. Ao buscar maximizar a utilidade, o sujeito deve levar em consideração as oportunidades das quais se abre mão ao escolher uma decisão em detrimento de outra. (ULEN; COOTER, 2010. p. 53).

Levando-se em consideração os custos para resolução de um conflito, o tempo e a eficiência de sua resolução, o modelo da barganha mostra como a cooperação pode criar um excedente que beneficia a todos. (ULEN; COOTER, 2010, p. 95). Até mesmo porque utilizar o judiciário pode ser caro, as partes geralmente podem ganhar chegando a um acordo fora do tribunal. (ULEN; COOTER, 2010, p. 96).

Ainda assim, a maioria dos estudos cujo escopo e analisar a eficiência dos métodos alterativo de conflitos, enfocam na arbitragem, e não na mediação, ainda que a mediação seja muito mais “alternativa” que a arbitragem, já que esta, de certa forma, apenas replica aquilo que ocorre no meio Judicial, porem de forma privada. (AYRES; BROWN, 1994, p. 323)

Ocorre que, utilizando-se dos meios heterocompositivos de resolução de conflitos, nos quais se enquadram o judicial e

arbitral, quando uma atividade realizada por uma parte gera incômodos a outra parte, o Direito – Judiciário ou Arbitro – precisa decidir se uma das partes pode gerar tais incômodos ou se a outra parte possui direito de ficar livre dele. Nesse caso, a Justiça exige, aparentemente, que a parte causadora do dano pague por ele. Porém, em contraposição a isso, a eficiência exige que se aloque o direito a parte que mais o valoriza. Quando as partes seguem a legislação de maneira não cooperativa, a alocação jurídica de direito afeta a eficiência. (ULEN; COOTER, 2010, p. 102).

Ao negociar umas com as outras, as pessoas podem chegar a um acordo eficiente a respeito das condições para sua interação e cooperação. Às vezes, contudo, as condições para a interação e cooperação são impostas por elementos externos, como a legislação, por exemplo. (ULEN; COOTER, 2010, p. 99).

Todavia, as condições são mais eficientes quando decorrem de acordo entre as pessoas do que quando impostas pelo legislador ou mesmo por um terceiro julgador. Conclui-se daí que a norma externamente imposta pode ser desnecessária e até mesmo indesejável onde a negociação for bem-sucedida, inclusive considerando que as normas podem afetar o poder de barganha (de negociar) das partes e, assim, afetar o resultado dos acordos; e, por outro lado, as normas impostas podem ser necessárias e mesmo desejáveis onde a negociação não é exitosa, especialmente em razão dos altos custos de transação que podem impedir os acordos. (ULEN; COOTER, 2010, p. 99).

Isso porque uma situação que comporte altos custos de transação irá impossibilitar uma eventual mediação ou negociação privada entre as partes. Nesses casos, deve-se buscar o poder público ou a arbitragem para solucionar o conflito, sendo que o uso eficiente de recursos dependerá da maneira como os direitos de propriedade são atribuídos. (ULEN; COOTER, 2010, p. 103).

Em se tratando de custos de transação, Dahlmal (1979,

p. 148) os conceituou como “*custos de busca e informação, custos de barganha e decisão, custos de monitoramento e cumprimento.*” Nesse sentido, o termo “custos de transação” serve para designar os custos, seja de comunicação, monitoramento, decisão, dentro outros, que consubstanciam impedimentos à negociação, pressupondo-se, assim, que a negociação tende a ser melhor sucedida quando os custos de transação são próximos a zero, já que, como dito por Cooter e Ulen (2010, p. 102), “*quando os custos de transação são nulos, um uso eficiente dos recursos resulta da negociação privada, independentemente da atribuição jurídica de direito de propriedade*”.

Conforme COOTER e ULEN (2010, p. 105), partindo-se do Teorema de Coase, os custos de transação correspondem aos três passos de uma transação, quais sejam, “*(1) custos de buscas para realização do negócio, (2) custos de negociação, (3) custos do cumprimento do que foi negociado.*”

Assim sendo, é possível perceber então que, como regra, os custos de transação são altos quando se tratam de bens e serviços singulares, sendo baixos quando se tratam de bens ou serviços padronizados.

Pois bem, percebendo-se a possibilidade de negociação em face da não existência de custos de transação suficientemente altos custos que a impeçam, deve-se então enxergar o conflito como uma situação na qual dois ou mais indivíduos têm de desenvolver estratégias de forma a maximizar os seus ganhos individuais, de acordo com certas regras preestabelecidas, tudo a fim de obter o resultado mais eficiente economicamente.

Dentro desse cenário, um mediador pode auxiliar as partes (negociadores), a interagirem de forma a superar as barreiras psicológicas e as estratégias criadas por cada um de forma racional e egoísta, visando exclusivamente ganhos próprios, aumentando a eficiência da negociação desde uma perspectiva econômica e estratégica.

4.1.1 A TEORIA DOS JOGOS APLICADA À MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Adentra-se, então, a teoria dos jogos, que é uma área do conhecimento humano ligada à Economia em que se estuda situações estratégicas ou planos de ação, no qual as partes embasam sua conduta na expectativa de comportamento da outra parte com quem interagem, ou seja, respondendo às reações dessa pessoa.

Nesse sentido, o objeto de estudo dessa teoria é o conflito, no qual as pessoas envolvidas têm que desenvolver estratégias para maximizar seus ganhos, que segundo Morton Deutch (1973, p. 10), “*ocorre quando atividades incompatíveis acontecem. Essas atividades podem ser originadas em uma pessoa, grupo ou nação*”.

Ainda, pode-se dizer que um dos principais objetivos da teoria dos jogos é justamente auxiliar na compreensão do comportamento adotado pelos indivíduos quando surgem interesses conflitantes, pois essa teoria analisa o *modus operandi* dos sujeitos quando há uma interação entre eles e suas atitudes passam a se basear naquilo que um espera do outro, surgindo assim o chamado “comportamento estratégico”. (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015, p. 126-127).

Através dessa teoria pode se chegar à estratégia ótima para cada jogador, ou seja, um equilíbrio, no qual ambos, atuando de forma cooperativa, alcançarão o melhor resultado para o problema. E é aqui que a teoria dos jogos interessa sobremaneira à mediação.

Esse equilíbrio encontrado pelas partes quando as mesmas alcançam uma estratégia dominante – a melhor jogada que um jogador pode fazer independentemente do que o outro jogador fizer - é conceituado, na teoria dos jogos, como “equilíbrio de Nash”. Assim, segundo COOTER e ULEN (2010, p. 58), “*Nesse tipo de equilíbrio, nenhum jogador individualmente pode*

se sair melhor mudando seu comportamento desde que os outros jogadores não mudem o deles”.

Foi no início do século XX, através dos trabalhos realizados pelo matemático francês Émile Borel, que os jogos de mesa e sua dinâmica começaram a ser estudados a partir de uma concepção matemática, partindo-se de observações feitas no pôquer, com especial atenção ao blefe e as inferências que um jogador deve fazer sobre as possibilidades de jogada do seu adversário. A busca fundamental de Borel foi pela determinação de uma estratégia ótima - que, se seguida, levaria à vitória do jogador ou parte - e a possibilidade de que ela fosse encontrada. (AZEVEDO, 2016, p. 61).

Segundo André Gomma (2016, p. 62), a ideia essencial da teoria dos jogos seria a de que *“um jogador (ou parte) baseia suas ações no pensamento que ele tem da jogada do seu adversário que, por sua vez, baseia-se nas suas ideias das possibilidades de jogo do oponente.”* Todavia, essa ideia consistiria em uma problemática irresolúvel, como afirmou o mesmo Gomma (2016, p. 62), vez que resultaria na ideia de que *“eu penso que você pensa que eu penso que você pensa...”*, não se chegando a uma solução ótima.

Algum tempo depois, mais especificamente em 1928, John von Neumann elaborou seus primeiros trabalhos referentes à sistematização e aprofundamento dos principais arcabouços teóricos que levaram ao desenvolvimento da moderna Teoria dos Jogos, cuja maior contribuição foi a concepção do jogo de soma zero, ou seja, o que um dos agentes ganha, o outro perde, ou nenhum dos jogadores nada ganha. (RIBEIRO; JUNIOR, 2015, p.128).

Foi então que, na década de 1950, outro grande nome surgiu para revolucionar a problemática apresentada por Borel e a teoria inaugurada por Neumann, sendo aluno desse último em Princeton, o norte-americano John Forber Nash, trouxe uma solução do problema com relação à teoria dos jogos, através do

conceito de *Equilíbrio de Nash*, revolucionando, assim, a economia e rompendo com um paradigma econômico que era pressuposto básico da teoria de Neumann e da própria economia, desde Adam Smith. (AZEVEDO, 2016, p. 62).

Isso porque, desde Adam Smith, a regra básica das relações era baseada na competição, de forma que a competição privilegiaria os mais qualificados, obtendo esses o maior quinhão na disputa. Como afirma Gomma (2016, p. 62), “*Tratava-se de uma concepção bastante assemelhada à concepção prescrita na obra A Origem das Espécies, de Charles Darwin, na medida em que inseria nas relações econômico-sociais a “seleção natural” dos melhores competidores.*”

Essa noção econômica, advinda desde Borel e introduzida na teoria de Neumann, adotava uma concepção totalmente não-cooperativa, ou seja, toda a sua teoria seria voltada a jogos de soma zero, isto é, aqueles nos quais um dos competidores, para ganhar, deve levar necessariamente o adversário à derrota.

John Nash, de forma totalmente diversa ao que se vinha estudando, introduziu o elemento cooperativo na teoria dos jogos, demonstrados que é possível agregar valor ao resultado do jogo por meio da cooperação. Para Nash, a ideia de cooperação, na verdade, não estaria em total antagonismo ao pensamento de ganho individual, na medida em que a cooperação traz a noção de que é possível maximizar ganhos individuais cooperando com o outro participante (até então, adversário), de forma que, se todos buscarem fazer o melhor para si e também para os outros, ao final todos ganhariam. Aliás, vale dizer que tal concepção muito se aproxima da teoria das vantagens comparativas, de David Ricardo, apresentada em sua obra “*The Principles of Political Economy and Taxation*” (1817).

O princípio do equilíbrio elaborado por Nash, segundo Douglas Baird, Robert Gertner e Randal Picker pode ser exposto como:

a combinação de estratégias que os jogadores preferencialmente devem escolher é aquela na qual nenhum jogador faria

melhor escolhendo uma alternativa diferente dada a estratégia que o outro escolhe. A estratégia de cada jogador deve ser a melhor resposta às estratégias dos outros. (BAIRD; GERTNER; PICKER, 1994, p. 21).

O equilíbrio é, portanto, encontrado quando, dadas as estratégias escolhidas, nenhum dos jogadores teria incentivo para mudar de estratégia caso jogasse o jogo novamente, independentemente da jogada apresentada pela outra parte. E para ilustrar tais questões, Andre Gomma apresenta o exemplo do exercício Flood-Dresher, que demonstra por meio da teoria dos jogos (e da autocomposição) que é possível a obtenção de melhores resultados que através da não-cooperação:

Os professores Merrill Flood e Melvin Dresher convidaram dois amigos, com personalidades e temperamentos bem distintos, ambos também professores para participarem de um exercício. Armen Alchian (“AA”) e John Williams (“JW”) foram convidados a participar de uma dinâmica semelhante ao dilema do prisioneiro, todavia, neste caso a dinâmica se repetiria por 100 rodadas e seriam pagos, aos dois, valores conforme a tabela abaixo:

	JOGADOR “A” NÃO COOPERA (D)	JOGADOR “A” COOPERA (C)
JOGADOR “B” NÃO COOPERA (D)	US -1,00; US -1,00	US -2,00; US 2,00
JOGADOR “B” COOPERA (C)	US 2,00; US -2,00	US 1,00; US 1,00

Distribuição de ganhos (A, C)

Nesta dinâmica, recompensava-se o jogador em um dólar¹⁷ se

¹⁷ O exercício Flood-Dresher foi simplificado nesse documento. No exercício original tratava-se de um jogo assimétrico em que os ganhos eram distintos para cada jogador.

ambos cooperassem (jogando C) ou subtraía-se de suas contas o mesmo dólar se ambos não cooperassem (jogando D). Na hipótese de um cooperar e o outro não cooperar, aquele que cooperou jogando C perderia dois dólares enquanto quem não cooperou (jogando D) ganharia os dois dólares. Uma curiosa adição à regra: os dois deveriam registrar em blocos de anotações seus pensamentos e estratégias para as rodadas seguintes. Os jogadores não podiam se comunicar sobre suas estratégias antes ou durante o exercício e deveriam anotar seus pensamentos antes de jogarem. Os comentários foram escritos após cada jogador definir sua estratégia mas antes de ter conhecimento da estratégia do outro. Alguns comentários referem-se portanto ao comportamento do outro jogador da rodada anterior.

Após 50 rodadas, ambos os participantes compreenderam que a solução de cooperação (jogar C) seria a melhor opção para otimizar os ganhos individuais dos jogadores. Assim, se ambos tivessem iniciado a dinâmica com ações cooperativas, ao final de 100 rodadas cada um teria 100 dólares. Por compreenderem o equilíbrio de Nash somente perto da 50a rodada – ambos agindo cooperativamente – foi possível aproveitar parcialmente o potencial de ganho cooperativo e ao final do jogo o Prof. John Williams recebeu alguns dólares a menos que o Prof. Armen Alchian.

Um detalhe que merece registro consiste na tendência de se imaginar que o Prof. Armen Alchian ganhou a dinâmica em razão de ter obtido maior remuneração. Todavia, se se considerar que foi a estratégia de John Williams – de cooperação como forma de otimizar o seu próprio ganho – que prevaleceu ao final do exercício pode-se afirmar que este foi também um ganhador da dinâmica. Este detalhe mostra-se de suma importância na mediação pois em processos de resolução de disputas frequentemente se imagina que quem receber maior ganho patrimonial pode ser cunhado de vencedor.

A dinâmica de Flood e Dresher nos ensina que em relações continuadas o equilíbrio de Nash mostra-se presente somente em ações cooperativas. Assim, pode-se prever que em relações continuadas, as soluções mais proveitosas para os participantes decorrem de atitudes cooperativas. Merece destaque que essas atitudes são tomadas com a preocupação de se otimizar o próprio ganho individual – isto é, buscando maximizar seus

ganhos individuais, os Profs. Flood e Dresher cooperaram um com o outro.

Assim sendo, após o entendimento acerca do funcionamento da teoria dos jogos e do comportamento dos indivíduos em situações de competição por recursos escassos, é possível concluir que a opção pela cooperação, em detrimento de meios de resolução de disputadas competitivos ou heretocompositivos, pode ser plenamente racional, economicamente eficiente e, mesmo individualmente, desejável, vez que pode resultar na otimização de resultados, já que a postura cooperativa, como se viu, em diversos casos, quando se é possível negociar, considerando os custos de transação, pode resultar em soluções mais eficientes do conflito, maximizando os interesses individuais de ambas as partes, as quais, se agissem de forma não cooperativa, acabariam obtendo resultados menos eficientes (piores).

4.1.2 A MINIMIZAÇÃO DA ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO

O conflito surge e persiste, em grande parte dos casos, em razão da existência de assimetria informacional entre partes. E não é só. Quando os conflitos deságuam no Judiciário ou em outros meios heterocompositivos como a arbitragem, não é apenas a assimetria informacional entre as partes que importa, mas também a assimetria informacional existente entre as partes e o terceiro, árbitro ou julgador.

Forma fácil de se constatar a assimetria informacional nos processos heterocompositivos é quando se verifica que ambas partes mostram-se otimistas quanto aos resultados desse processo, o que leva ambas a preferir o julgamento ao acordo. Todavia, sabe-se que apenas uma das partes se beneficiará de uma decisão favorável, ou seja, pelo menos uma delas deve estar mal informada. Por isso se diz que a troca de informações anteriormente ao julgamento acaba reduzindo esse otimismo, e assim,

como consequência, promovendo o acordo. Nesse sentido, esclarecem os Cooter e Ulen:

ao revelar informações privadas para corrigir o falso otimismo, a parte que revela informações aumenta a probabilidade de se chegar a um acordo a termos mais favoráveis. Assim, a eficiência (economia do custo do julgamento) e a redistribuição (fortalecer a posição de barganha) incentivam a revelação voluntária de fatos para corrigir o falso otimismo do lado oposto. (ULEN; COOTER, 2010, p. 423).

As partes em conflito, via de regra, guardam informações particulares relativas ao quanto valorizam determinado bem ou serviço. Isso porque, sempre que se participa de uma negociação¹⁸, busca-se ter em mente o BATNA¹⁹ (*best alternative to a negotiated agreement*), ou seja, uma opção alternativa, que é apenas de conhecimento privado, caso não se chegue a uma solução na mesa de barganha.

Ocorre que essas informações ocultas acabam resultando em problemas de seleção adversa, que causam ineficiência nas negociações e na resolução de litígios em geral, acabando por consumir um grande percentual dos ganhos consideráveis com a negociação. (AYRES; BROWN, 1994, p. 331)

A mediação, nesse sentido, e diferentemente do que ocorre nos procedimentos heterocompositivos, ou mesmo nos autocompositivos sem auxílio de um terceiro neutro para conduzir a barganha, pode auxiliar as partes a obterem resultados mais vantajosos por meio de soluções convencionadas nas quais, durante o processo negocial, há a possibilidade de redução da informação assimétrica, inclusive porque justamente é o cerne e constitui a natureza desse processo.

¹⁸ Entende-se que a mediação trata-se de uma negociação assistida, de acordo com os ensinamentos da escola de Harvard.

¹⁹ Em português o termo é conhecido como MAPAN (melhor alternativa para o acordo negociado). Segundo os desenvolvedores do conceito, os negociadores William Ury e Roger Fisher, no seu livro “Como Chegar ao Sim”, explicam que a MAPAN é “o padrão de medição que qualquer proposta de acordo deve ser comparada. Este é o único padrão que poderá protegê-lo tanto de aceitar termos excessivamente desfavoráveis quanto rejeitar termos que seriam de seu interesse aceitar.” (p. 107)

Isso porque o mediador, através de sessões privadas com as partes (*caucus*), pode obter as informações que estão sendo ocultadas, de forma a avaliar, com mais clareza, se há a possibilidade de ganhos mútuos naquela mediação, e então, em se verificando tal possibilidade, conduzir as sessões conjuntas de forma a se chegar ao ganha-ganha.

Por outro lado, ao se dar início a sessão de mediação, e ao permitir-se que as partes se desafoguem, de maneira que cada uma possa expor sua versão, ocorre uma troca expressiva de informações, de forma que, munidas pelas informações que teriam sido ocultadas pelo outro lado no caso de eventual utilização de meios heterocompositivos para resolução do conflito – ou quiçá viessem a ser compartilhadas somente quando já em andamento o processo –, ocorre uma redução da incerteza e da suspeita, maximizando a probabilidade de um acordo.

O compartilhamento de informações de forma voluntária, como ocorre na mediação, acaba por diminuir a necessidade de ingresso com demanda judicial ou arbitral, ou quando já em curso, diminuir o número de julgamentos, o que economiza, em quaisquer dos casos, custos administrativos. Além disso, essa troca voluntária de informações corrige erros de cálculo, na medida em que, reduzindo as diferenças entre as condições de um acordo e uma possível sentença, reduz os erros de custos. (ULEN; COOTER, 2010, p. 427).

Referem os autores Ulen e Cooter (2010, p. 428) que “*a maioria das disputas é resolvida sem os tribunais. As estimativas sugerem que menos de 5% das disputas civis apresentadas realmente exigem que se dê início a um julgamento para resolvê-las*”. Acrescentam, ainda, os mesmos autores, que “*a barganha é mais importante do que os julgamentos para a resolução da maior parte das disputas (...)*”. (ULEN; COOTER, 2010, p. 429).

Nessa esteira, pode se dizer, inclusive, que a mediação exitosa não necessariamente precisa levar a um acordo, mas

pode levar a redução da assimetria informacional e, assim, precisar os limites da lide e mesmo fixar os pontos controversos, às vezes levando à disputa pela arbitragem ou judiciária um conflito já reduzido ou mitigado, facilitando a resolução do litígio através de eventual e posterior meio heterocompositivo de solução de conflito eleito, como, por exemplo, podemos verificar ocorrer com a inclusão de uma cláusula med-arb.

Pode-se concluir, assim, que a redução da assimetria informacional proporcionada pela mediação acaba por economizar ou ao menos minimizar os custos do litígio, o que dificilmente seria obtido se as partes se utilizassem diretamente de meio heterocompositivos, além de distribuir com eficiência os recursos em disputa.

5 CONCLUSÃO

Quando atribuímos à responsabilidade pela solução dos conflitos dos quais fazemos parte a terceiros (métodos heterocompositivos), sofremos com a insegurança tanto da imprevisibilidade da interpretação das normas positivadas quanto da assimetria informacional que busca ser dirimida por meio da análise dos fatos e provas carreados aos autos.

Dessa forma, imperioso considerar que uma solução autocompositiva, especialmente quando obtida de forma cooperativa, pode trazer benefícios para todos os envolvidos, maximizando-se, assim, a alocação dos recursos escassos.

Justamente nesse sentido, conforme demonstrado pela teoria dos jogos, a cooperação pode trazer eficiência econômica, pelo que a mediação, enquanto método autocompositivo de solução de conflitos, pode servir exatamente para tanto, isto é, ensinar que as partes cooperem e, assim, maximizem os resultados possíveis. Em outras palavras, a função da mediação é transformar conflitos, que são jogos não cooperativos, em jogos cooperativos, permitindo, desse modo, a maximização da utilidade de

ambas as partes, extraindo-se, portanto, a maior eficiência econômica possível.

Por conseguinte, considerando-se esse contexto, imprescindível que sejam melhor estudados e mesmo estimulados meios eficientes de resolução de controvérsias como a mediação, que podem atender muito exitosamente as necessidades das partes, de forma a maximizar seus interesses, de forma célere, segura e com baixos custos.

Aliás, é possível considerar que por meio da negociação as partes podem economizar os custos (custos de transação) necessários para se resolver conflitos de forma heterocompositiva e, portanto, dividir essa economia de custos entre si, ou seja, se as partes conseguirem negociar uma com a outra com sucesso, o resultado eficiente será alcançado, independentemente da regra do direito incidente no caso. (ULEN; COOTER, 2010, p. 101-102).

Assim, considerando a forma como a sociedade hoje se apresenta, remanesce aos operadores do direito a missão de se tornarem verdadeiros engenheiros de custos de transação²⁰ e, como tais, apresentarem aos seus outorgantes/clientes as formas mais eficientes de resolverem suas controvérsias, inclusive demonstrado que pode a cooperação, muitas vezes, através da utilização da mediação como meio de resolução de controvérsias, ser a medida capaz de otimizar resultados e, desse modo, proporcionar eficiência econômica.

Por fim, cabe ressaltar que a mediação pode se revelar eficiente e exitosa mesmo quando não põe fim ao litígio, uma vez que, ainda assim, pode reduzir o grau de litigiosidade do conflito e mesmo reduzir o grau de assimetria informacional acerca dos contornos do litígio, definindo melhor o seu objeto e limites, bem como, eventualmente, a matéria controvertida e que exija, portanto, produção probatória, ou seja, pode contribuir,

²⁰ GILSON, Ronald. *Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing*, 1984.

ainda assim, para reduzir a assimetria informacional e os custos de transação.



6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACLAND, Andrew Floyer. *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*. 4 ed. Barcelona-Buenos Aires-México: Ediciones Paidós. 1993.
- ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. Mediação familiar. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de. (Org.). *Famílias no direito contemporâneo*. Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: Podivm, 2009.
- ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *Sobre a mediação familiar*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=515>>. Acesso em: 30 mai. 2017.
- AYRES, Ian; BROWN, Jennifer Gerarda. *Economic rationales for mediation*. (1994). Yale Law Faculty Scholarship Series. Paper 1529.
- AZEVEDO, Andre Gomma de. *Manual de mediação judicial*. 6 ed. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça, 2016.
- BAIRD, Douglas; GERTNER, Robert H.; e PICKER, Randal C. *Game theory and the law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1994.
- BRASIL. Lei n.º 13.149, de 26 de junho de 2015. Institui *Disponível em* <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> *Acesso em: 25 de mai. 2017.*
- BRASIL. Lei n.º 9.307, 23 de setembro de 1996 – Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 15

- abr. 2017.
- CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003.
- CARVALHO, Cristiano; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *The Overcoming of Legal Rules in the Judges' Decision-Making: a Maximizing Model*. UC Berkeley. 2009. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/4h7508fp>>. Acesso em: 30 de jul. 2017.
- CASELLA, Paulo Borba; DE SOUZA, Luciane Moessa. *Mediação de conflitos*. Novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. São Paulo: GEN Forense Universitária, 2016.
- COBRA, Zulaiê. Projeto de Lei da Câmara n.º 4.827, de 1998. Dispõe sobre a instituição do sistema de mediação de conflitos. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03DEZ1998.pdf#page=71>>. Acesso em: 10 mai 2017.
- DAHMAL, Carl J. *The problem of externality*. The Journal of Law and Economics 22, n. 1, 1979.
- DE TOLEDO, Armando Sérgio Prado; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira. *Estudos avançados de mediação e arbitragem*. São Paulo: 2014.
- DEUTSCH, Morton. *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*. New Haven: Yale University Press, 1973.
- FOLLET, Mary P. “*Constructive conflict*”, in P. Graham (ed.), Mary Parker Follett: Prophet of Management: A Celebration of Writings from the 1920s (Boston, Harvard Business School Press, 1996), p. 67-68.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário aurélio da língua portuguesa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora

- Nova Fronteira S.A., 1996.
- GILSON, Ronald. Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing, 1984.
- GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gur-finkel. *Mediação no judiciário: teoria na prática, prática na teoria*. São Paulo: Primavera Editorial, 2011, p. 218.
- HOROWITS, Sara. *Conflicto y negociación. In mediación: una respuesta interdisciplinaria*. Buenos Aires: EUDEBA, 1997.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- LANDE, John. GETTING THE FAITH: WHY BUSINESS LAWYERS AND EXECUTIVES BELIEVE IN MEDIATION. Harvard Negotiation Law Review Spring, 2000.
- LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. *Freakonomics*. O lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2005.
- LIMA, Leandro Rigueira Rennó. *Arbitragem: uma análise da fase pré-arbitral*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- LUZ, Ilana Martins. *Justiça restaurativa: a ascensão do intérprete e a nova racionalidade criminal*. 1ª Edição. Empório do Direito. 2015.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- OLIVEIRA, Angela. *Métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTR, 1999.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*. São Paulo: Thomson Reuters, 2015.
- RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e acesso à justiça*. Belo Horizonte: DelRey, 2003.

- ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta. Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. 4 ed. São Paulo: Ágora, 2006.
- SALES, Lilia Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Ray, 2004.
- SANDER, Frank. E. A. “*Varieties of dispute processing*”, Federal Rules Decisions, 1976.
- SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Noções gerais da arbitragem*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: Editora LTr, 2004.
- TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *As recentes alterações legislativas sobre recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da law and economics*. Revista de Processo, São Paulo, p. 153-180, dez. 2009.
- ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito e economia*. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- URY, William. *Como chegar ao sim com você mesmo*. O primeiro passo em qualquer negociação, conflito ou conversa difícil. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.
- URY, William; FISHER, Roger. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. 3 ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.
- VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação: guia para usuários e profissionais*. Florianópolis: Imab, 2001. Camaf – Câmara de Mediação e Arbitragem de Florianópolis – Disponível em: <“<http://www.camaf.com.br>”>. Acesso em: 20 mai 2017.
- WARAT, Luiz Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.