

PEDRO PAULO CORINO DA FONSECA

**MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES ECONÔMICAS
INTERNACIONAIS PRIVADAS**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO
2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PEDRO PAULO CORINO DA FONSECA

**MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES ECONÔMICAS
INTERNACIONAIS PRIVADAS**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO
2007**

PEDRO PAULO CORINO DA FONSECA

**MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES ECONÔMICAS
INTERNACIONAIS PRIVADAS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais, sob a orientação do Professor Doutor Cláudio Finkelstein

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
São Paulo
2007

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Dedico este estudo ao Dr. José Corino da Fonseca, meu avô. Por todo o exemplo de vida, dignidade, integridade e, acima de tudo, honestidade. Um competente contador, um aguerrido advogado e um grande professor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meus pais, José Francisco e Silvia Regina e às minhas avós, Teresinha e Esther (*in memoriam*), por todo amor e conceitos a mim transmitidos.

Agradeço aos meus grandes tutores acadêmicos, Professor Doutor Cláudio Finkelstein e Professor Doutor Ricardo Sayeg, pelo crédito e empurrão iniciais, que me colocaram nos bancos do pós como aluno ouvinte; bem como por absolutamente todas as demais oportunidades e ensinamentos. Estes são aqueles a quem mais devo este trabalho.

À Dra. Tatiane Miranda, por toda a paciência, pelas cobranças e pelo grande auxílio quando do final da redação desta dissertação, me incentivando, me ouvindo, discutindo minhas idéias e meus conceitos, opinando com propriedade de quem deveria em breve ingressar nos bancos desta casa.

Ao Dr. Vladimir Silveira, meu colega de profissão e meu amigo, meu irmão mais velho da vida profissional e acadêmica, cuja paciência para me dedicar diversos conselhos não foi em vão, quero agradecer, em especial, por todas as conversas e explicações em relação à minha dissertação. Foram essenciais.

Ao Professor Doutor José Cretella Neto, que com seu conhecimento desproporcional e um excelente humor, constantemente me presenteia com uma aula de como lecionar, cujas lições, um dia, hei de conseguir seguir.

À Professora Doutora Maria Rocassolano, por todos os índices refeitos, por todos os capítulos lidos, por todas as conversas que tivemos. Sempre encontramos aquilo que buscamos com o coração.

RESUMO

É ampla e controvertida a discussão jurídica internacional acerca da eficácia dos Poderes Judiciários. Visando justamente auxiliar na solução de tal questão, foram propostas técnicas e metodologias com foco na resolução de controvérsias.

Com efeito, gradativamente as formas alternativas de resolução de controvérsias passaram a integrar as sociedades no mundo, por meio de leis, de divulgação e diante da necessidade das partes em lide. No Brasil, existe um preponderante destaque da Arbitragem e da ‘Med-Arb’¹. Ocorre que estas não são as melhores formas de administração da Justiça.

Dentre a variada gama de formas alternativas de solução de controvérsias, encontram-se o *Mini-Trial*; a Conciliação; a Perícia Arbitral; o *Summary Jury Trial* e a Mediação. Assim, considerando-se a experiência internacional, a Mediação merece especial dedicação de estudo, visto os resultados obtidos e as possibilidades lógicas de resolução.

Utilizada há milênios, a Mediação soluciona o *dubium* com muito mais propriedade e celeridade do que o Judiciário ou a Arbitragem, cujas decisões e julgamentos do certo e do errado muitas vezes não atendem às necessidades das partes.

Com efeito, a Mediação é considerada pela doutrina uma metodologia de solução de controvérsia multidisciplinar, na qual a relação das partes é discutida para, então, resolver-se a contenda. Este estudo, por sua vez, propõe uma absoluta segregação da Mediação enquanto metodologia de resolução de conflito familiar, da Mediação empresarial, apontando por razão propedêutica, o instituto da mediação enquanto conceito jurídico estático. Segundo proposto pela doutrina internacional, por fim, resta clara a necessidade de promoção de uma política nacional de incentivo às formas alternativas de resolução de controvérsias.

Desta feita, a presente dissertação investigará, dentre rígidas bases jurídicas, como gerar efetividade à Mediação das Relações Econômicas Internacionais Privadas, no Brasil, consoante lei e cláusulas contratuais pertinentes. Neste sentido, destacam-se dois pontos: (i) o papel do operador do Direito enquanto mediador obrigatório (Poder Postulatório); e (ii) do advogado consoante seu dever deontológico de propor a mediação a seu cliente.

¹ Que na realidade, como se verá, deveria ser denominada Conciliação-Arbitragem.

ABSTRACT

The International Law controversy regarding the efficiency of the Judiciary is huge. Looking forward to guarantee a solution to that point, it is proposed methodologies and techniques focusing dispute settlement resolution.

Constantly, dispute settlement resolution of controversies are becoming more and more part of societies, worldwide. By Law, by marketing these new options and also because of the necessity of the parties. In Brazil, there is a preponderant advantage do Arbitration and to 'Med-Arb'. But those are not the best ways of Justice administration.

Among the variety of dispute settlement resolution techniques, are: the Mini-Trial; Conciliation; Arbitrational Inspection; summary jury trial, and mediation. Whereas the International experience, Mediation deserves a special attention of study, regarding its results and its logically possible results.

Used since millenniums ago, Mediation settles the *dubium* with much more property and celerity then Judicial or Arbitration Courts, which decisions of who is right or wrong, usually doesn't correspond to the parties necessity.

Mediation is considered by doctrine a methodology of multidisciplinary controversy solution, in which the parties relation is discussed to, then, discuss the objective facts. This dissertation proposes an absolutely segregation of Mediation as a family methodology, from Corporate Mediation; pointing propaedeutical reasons to the construction of a Mediation institute as an static Law concept. As proposed by International doctrine, in the end, it is clear the necessity of a Brazilian political incentive to the dispute settlement resolution of controversies.

And so on, this dissertation will investigate, under rigid Law concepts, how to generate effective results to Mediation in International Private Economical Relations, in Brazil, regarding Law and Contractual clauses. In such case, there are two major points: (i) the exigency to have Lawyers as Mediators; and (ii) the deontological duty of Lawyers to propose mediation to its clients.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. APROXIMAÇÃO HISTÓRICA DA MEDIAÇÃO.....	19
1.1 Aspectos históricos.....	19
1.2 Experiência e revisão estrangeira da mediação.....	24
1.2.1. EUA.....	24
1.2.2. Argentina.....	26
1.2.3. França.....	34
1.2.4. Portugal.....	37
1.2.5. Bolívia	38
1.2.6. El Salvador.....	38
2. DEFINIÇÃO CONCEITUAL DA MEDIAÇÃO.....	41
2.1 Premissas de teoria geral do direito adotadas.....	44
2.2 Aplicação das premissas adotadas de teoria.....	47
2.3 Conceitos de mediação quanto instituto jurídico e quanto procedimento.....	52
2.4 Mediação e conciliação: acepções e justificativas.....	56
3. EXAME DA ESTRUTURA JURÍDICA DA MEDIAÇÃO.....	60
3.1. Natureza jurídica da mediação quanto instituto e quanto procedimento.....	60
3.2. Do objeto da mediação internacional privada.....	61
3.3. O mediador e o poder postulatório.....	62
3.4. O vínculo jurídico das partes como elemento de efetividade.....	62
3.5. As espécies de mediação.....	63
3.6. A boa-fé como elemento de efetividade.....	63
3.7. Do acordo e seu estudo como elemento de efetividade.....	63
3.7.1. Contratual.....	64
3.7.2. Arbitral.....	64
3.7.3. Judicial.....	65
4. DA OBRIGATORIEDADE DE MEDIAR COMO ELEMENTO DE EFETIVIDADE.....	66
4.1. Da cultura jurídica greco-romana positivista e codificada e o costume internacional em face da efetividade de mediar.....	66
4.2. A desejável obrigatoriedade legal de mediar.....	67
4.3. A obrigatoriedade contratual.....	68
4.4. A obrigatoriedade de propor a mediação como dever deontológico do advogado.....	70
4.5. A mediação internacional privada e o acesso à justiça.....	72
4.6. O poder econômico em mediação.....	74
5. A EFETIVIDADE PROCEDIMENTAL DOS ELEMENTOS DINÂMICOS DO PROCESSO DA MEDIAÇÃO INTERNACIONAL PRIVADA.....	79
5.1. A mediação principiológica.....	79
5.2. As partes como elementos colaborativos.....	81
5.3. O <i>dubium</i> como objeto do discurso.....	82

5.4 O procedimento da mediação internacional como facilitador de sua eficácia.....	86
5.4.1. Da não-existência de processo.....	86
5.4.2. Tempo: momentos de indicação do mediador.....	87
5.4.3. Modo: da obrigatoriedade.....	87
5.4.4. Lugar: considerações Gerais.....	88
6. TÉCNICAS CONTRATUAIS APLICADAS PARA EFETIVIDADE DA MEDIAÇÃO INTERNACIONAL PRIVADA.....	91
6.1. A cláusula de comprometimento (mediação e mediador ou instituto de mediação).....	91
6.2. A cláusula procedimental (modo, tempo e lugar).....	91
6.3. Cláusula penal.....	92
6.4. Elementos de conexão aplicados à mediação internacional privada.....	92
7. Proposta de efetividade legal para a mediação das relações econômicas privadas e a obrigatoriedade deontológica de propor mediação por parte do advogado brasileiro.....	94
CONCLUSÃO.....	108
Referências	112

INTRODUÇÃO

Esta dissertação analisa a mediação como instituto jurídico, partindo do conceito objetivo da Teoria Geral do Direito e considerando a análise do sistema normativo brasileiro, no qual, apontados a natureza jurídica, o conceito e o objeto da mediação, conclui-se pela proposta de cláusulas contratuais e metodologia que permitam sua eficaz utilização conforme as exigências do mercado internacional.

Inicialmente, necessário se faz explicar a razão do tema: a mediação é uma técnica considerada moderna, mas que de fato existe há milênios e apresenta soluções que atendem às necessidades de brevidade, de segurança, de sigilo, de técnica e, mais importante, efetivamente atinge altos índices de êxito, como se demonstrará oportunamente.

Assim, iniciou-se uma ampla pesquisa em relação à mediação como fenômeno do Direito. Restou claro que existe amplo campo de pesquisa para o desenvolvimento da mediação e de outras formas de soluções privadas de controvérsias.

Neste trabalho, justamente por se entender a mediação como um instituto da ciência do Direito², portanto instituto puramente jurídico e técnico, buscou-se analisar as técnicas de mediação, comparando-se todas no sentido de se identificar eventual condição *sine qua non* de aplicação multidisciplinar de técnicas, quando da realização de uma mediação, o que igualmente geraria a necessidade de um estudo multidisciplinar.

Cabe lembrar que as relações internacionais privadas são realizadas por pessoas naturais que exercem função privada definida e que representam empresas, grupos ou conglomerados econômicos, os quais, por sua vez, possuem acionistas, sejam estes dois, dez, um apenas ou milhares. Com efeito, essas pessoas não podem, em uma mediação ou em qualquer acordo, simplesmente dispor dos bens que lhes foram confiados sem justificativas concretas, lógicas, jurídicas, econômicas ou financeiras³.

Essas justificativas têm por base informações do negócio *ex facto* e do *negocium* jurídico do qual a dúvida se originou; isto é: as informações envolvem desde o contrato internacional que resumiu e concretizou juridicamente a operação internacional até questões fenomenológicas eventualmente questionadas, como a entrega ou não de um bem no prazo e

² Como também se demonstrará.

³ Estas últimas fornecidas pelos técnicos de cada empresa que necessitar de tais dados.

momento corretos, as emissões de notas fiscais e de notas de embarque consoante lei e contrato acordado, entre outras análises de procedimentos, às vezes necessárias, para o devido andamento do negócio.

Entretanto, vislumbra-se a mediação familiar, psicológica. Essa trabalha com questões interiores, de relacionamento pessoal geralmente não relacionadas exclusivamente à pecúnia. A mediação familiar que se demonstra efficientíssima e muito mais humana do que um julgamento estatal – por mais qualificado e humano que este busque ser – envolve fatores e vetores não técnicos nos sentidos matemático ou lógico.

Ainda, pode-se igualmente vislumbrar a necessidade do uso da psicologia em lides de pequenos valores, principalmente quando houver envolvimento de amigos, familiares ou conhecidos.

A diferença principal das duas mediações é que, na primeira, empresarial internacional, as pessoas naturais em dúvida representam terceiros; na segunda, as pessoas naturais em dúvida lá estão *per si*. Também, a mediação das relações econômicas internacionais envolve questões exclusivamente técnicas, sejam estas a análise objetiva de um complexo contrato ou as exigências de um fabricante de aviões sobre o uso ou não do reverso na realização de pousos.

Não restam dúvidas de que, pela leitura e interpretação de um contrato ou de um manual, perceber-se-á se houve culpa e a quem esta pertence. Por mais que a interpretação da língua escrita possa gerar outras indagações, ela é objetiva, e não subjetiva, como é o *ego* ou o *alter ego* das pessoas⁴.

Portanto, a psicologia, em hipótese alguma, poderia ser considerada hábil para atender as demandas⁵ de mercado no sentido de se solucionar controvérsias. *Discorda-se em absoluto da mediação como uma sessão conjunta de psicanálise.*

A mediação que se pretende estudar e desenvolver neste trabalho pode até contar com a colaboração de mediadores que tenham, na aplicação de sua técnica, noções ou conhecimentos de psicologia. A mediação nas relações econômicas internacionais deve ser criteriosa, concreta e objetiva, afastando-se da mediação familiar, em que o conhecimento

⁴ A Pirâmide de Maslow, precursor do movimento humanista da psicologia, é um bom exemplo de necessidades atinentes ao ser humano aqui entendidas como possibilidades de geração de novos problemas e falta de objetividade.

⁵ Mister esclarecer que no livro *Getting to YES*, Roger Fischer, Willian Ury and Bruce Patton esclarecem que a psicologia deve ser utilizada para restabelecer uma negociação objetiva, isto é, ao negociar o valor de uma empresa, contabilizar-se-ão seus ativos e passivos e não o valor emocional que a empresa tem para o proprietário ou fundador. Esse valor emocional deve ser lidado, aí sim, com a psicologia, ou seja, suspender-se-ão as negociações e quando a parte ‘melhorar’ de seu problema emocional, todos devem voltar a conversar sobre o negócio objetivamente.

psicológico realmente poderá ser condição *sine qua non* de solução de controvérsia, mais do que eventuais argumentações objetivas.

Outra questão que se quer esclarecer a priori: as diferenças existentes entre a mediação e a conciliação, nesse mesmo sentido, são bastante nítidas. Na mediação, o mediador não pode sugerir soluções; na conciliação, o conciliador poderia sugerir soluções. Assim, no primeiro caso, claramente vinculado à psicanálise em grupo, o mediador deveria conduzir a mediação até que as partes se entendessem. Entretanto, na segunda hipótese, a doutrina multidisciplinar geralmente aponta que o conciliador poderia “se *intrrometer* na relação das partes” para solucioná-la – como se isso fosse ruim. Reitera-se: são metodologias ótimas para casos de dúvidas ou lides em família.

Sem ingressar ainda no mérito do significado de cada palavra, que será feito adiante, entende-se a mediação como o gênero do ato de “intermediar dúvidas em relações visando a seu esclarecimento”. Assim, a mediação sequer trabalhará com lides, mas com “dúvidas”. Ela não trabalhará, portanto, com apontamentos de culpa ou dolo.

A solução da controvérsia é o foco da mediação e os meios pelos quais esta buscará referida solução, desde que técnicos e lícitos, não serão objeto de estudo. Por exemplo, suponha-se que fora contratada uma mediação na qual o mediador nela interferisse; em última análise, ela poderia ser declarada nula de pleno direito e Assim não atingiria seu sucesso e efetividade.

Desta feita, por meio da técnica interpretativa utilitarista do Direito, há o objetivo de se criar soluções de controvérsias empresariais efetivas, e não sessões de terapia em grupo.

Assim, além do já mencionado, a mediação abordará exames de linguagem em razão das cláusulas contratuais que obrigarão as partes concretamente a buscar entendimentos – mas não necessariamente a concluí-los. Dessa forma, serão estudadas as cláusulas contratuais necessárias à constituição e ao desenvolvimento de uma mediação, no sentido de se estabelecer funções, ações e regras prévias à realização desta.

Com efeito e com base em estudos de terceiros, analisar-se-ão a estrutura básica da comunicação, que se dá por emissor, receptor e mensagem, e também o estudo da mensagem do ponto de vista lingüístico, por meio da semiótica (sintática, semântica e pragmática), e, *frise-se*, no sentido de se interpretar e entender contratos objetivamente e não para que se possa inferir qualquer questão psicológica da discussão que envolve a dúvida.

Ainda existe necessidade crescente nas relações econômicas, em especial nas internacionais, de garantia do cumprimento de contratos – independentemente dos ordenamentos jurídicos em que as empresas estão instaladas. No Brasil, mesmo na hipótese de

os contratantes internacionais desejarem definir o Judiciário de um de seus países, a vontade das partes poderia ser ignorada, pois o sistema jurídico brasileiro, assim como os sistemas jurídicos de diversas outras nações, deve respeitar os elementos de conexão internamente definidos⁶ e, segundo as prescrições normativas internas ou externas internacionais, apontar um único ordenamento jurídico para julgar um contrato (Frankstein; Teoria Gravitacional e outras) ou um ordenamento jurídico para cada obrigação contratada (*dépeçage*).

Ademais, há inúmeras críticas aos Poderes Judiciários ao redor do mundo e nenhuma delas é recente.

Independentemente do mérito que envolve cada posição crítica, é fato que há delonga e erros na prestação da tutela jurisdicional em todo o mundo. Afinal, o Direito é uma ciência humana, desenvolvida e aplicada pelo Homem em face do Homem, e, diante disso, é falível.

Nesse sentido, a experiência judiciária brasileira demonstra que a falta de segurança jurídica pela influência política e pelo não apego às premissas rígidas das leis e dos contratos privados, somada à escassez de recursos humanos para uma melhor e mais breve prestação do serviço jurisdicional, é um claro risco ao desenvolvimento de negócios privados no país.

Mesmo que se considere certo progresso legal, como os diversos órgãos do Poder Judiciário que já utilizam ou pelo menos iniciam, atualmente, as instalações de softwares que possibilitam o processo inteiramente digital, economizando papel e tempo, a possibilidade de cumprimento⁷ das decisões de Primeira Instância antes do trânsito em julgado do processo judicial e as execuções de títulos extrajudiciais de forma mais célere não atingiram, ainda, o mesmo padrão de técnica, presteza e sigilo obtidos por meio da mediação. A delonga, a não-especialidade, a publicidade de atos, enfim, outros fatores que também poderiam ser adicionados aos já apontados anteriormente, efetivamente motivam a necessidade de se encontrar um método eficaz de solução de controvérsias, como se tem na mediação.

Observe o relato de Luis Felipe Salomão, Professor da Escola da Magistratura e da Faculdade Bennett, além de Secretário-Geral da Associação dos Magistrados Brasileiros, sobre o assunto:

“O período atual é de intensas mudanças. Sopram os ventos da reforma em todos os Poderes da República. Nesse exato momento, o Judiciário é o Poder que mais está em voga, por vários motivos.

⁶ Inclusive, por essa razão, o Professor Heleno Tórres os denomina Critérios de Conexão.

⁷ BRASIL. *Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 23. set. 2007.

A partir da Constituição de 1988, quando se redemocratizou o país, é que o Judiciário começou a ser descoberto pela maioria da população brasileira. Essa explosão de demandas judiciais, conduto de cidadania, teve reflexo imediato: a crise do Poder Judiciário. Os fatores que levaram a essa crise são múltiplos e de variadas facetas. Descabe, nesse contexto, o exame minudente de cada um deles.

Mas os números gritam por si: Em 1988, foram ajuizadas perto de 350 mil ações em todos os segmentos da Justiça. Em 1997, deram entrada cerca de oito milhões e meio de feitos, sendo julgados aproximadamente 80% desse total.

Nesses nove anos, enquanto o número de processos ajuizados multiplicou-se em 25 vezes, o número de Juízes apenas dobrou. Existia 4.900 Juízes em 1988 e aproximadamente 10.000 em 1997.

No Brasil de hoje há um Juiz para cada 26.000 habitantes, enquanto na Alemanha a proporção Juízes/habitantes é de um para cada 3.000.

Ainda assim, na Alemanha uma causa de 6.800 dólares custa para ser ajuizada 3.400 dólares (metade do valor da controvérsia). E demora, em média, dois anos para uma solução definitiva. Na Espanha, uma causa pode demorar até cinco anos e três meses para uma decisão final da Corte de Cassação (dados obtidos a partir da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, Acesso à Justiça, 1988).

No Brasil não são conhecidas estatísticas atualizadas a respeito do tema, mas existe interessante trabalho coordenado pelos professores e Desembargadores JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA E FELIPPE AUGUSTO DE MIRANDA ROSA, intitulado sugestivamente "Duração dos Processos: Discurso e Realidade – Projeto de auto-análise do Poder Judiciário", publicado no Diário Oficial – RJ de 20/11/90 (parte III), onde se constata que, em média, 62% dos processos foram resolvidos, em definitivo, no prazo de dois anos.

Na verdade, essa explosão de demandas é uma medalha de duas faces. Se, por um lado, é verdade que nunca o Judiciário teve tanta visibilidade para a população, por outro, também é verdade que a qualidade dos serviços prestados caiu muito, seja por falta de estrutura

material, de pessoal ou, até mesmo, por falta de estímulo daqueles que integram o poder.”⁸

Portanto, a mediação deverá atender às exigências do mercado, independentemente da legislação de cada nação, com o intuito de buscar uma desejada segurança jurídica. Esta, por sua vez, é alcançada pelo pacto livre e autônomo, sem quaisquer influências de leis nacionais ou Tratados.

A Autonomia Privada, justamente naquilo que se entende por auto-regulamentação ou justiça privada, poderá, por intermédio exclusivo da Autonomia da Vontade das partes contratantes, garantir o fiel cumprimento dos contratos, fruto do exercício pleno da Liberdade Contratual.

Assim, negociar e celebrar um contrato internacional com partes capazes e bem assessoradas e tê-lo ignorado por um Poder Judiciário incompetente ou tê-lo inadimplido, não sendo indenizado corretamente ou em tempo hábil para que o inadimplemento se torne um malefício, definitivamente são riscos que deixam ou são minimizados nos negócios das empresas transnacionais. E isso se aplicando devidamente a técnica aqui pesquisada.

Ademais, e fundamento este não de menor importância, vislumbra-se uma constante busca histórica por menos interferência do Estado na Economia. A mediação nas relações econômicas possibilita justamente o controle privado de tais relações. O ideal para os capitalistas em geral, portanto, seria que o Estado se afastasse dos julgamentos privados econômicos para que a própria sociedade se regulasse. Cumpre esclarecer que não se deixará de considerar que a solução de litígios, não mais tutelada pelo Estado, mas pela Sociedade, gerará um novo ‘Estado opressor’ na própria Sociedade, no qual o Poder Econômico atingirá sobremaneira as relações econômicas e poderá até mesmo afetar o teor das decisões não-estatais.

Com isso, conclui-se que a mediação é a aproximação de partes para que estas, sem necessariamente encontrar um culpado, resolvam uma contenda ou rescindam um contrato, com o menor prejuízo possível para cada uma delas; esse processo se dá pela incorporação de critérios metodológicos, sistemáticos e acadêmicos modernos, que justamente faltam na Jurisdição Estatal – em termos de eficiência e de técnica jurídica –, cumprindo, assim, os ideais capitalistas exigidos no mercado internacional.

⁸ Extraído de. AUTOR COLOCAR FONTE DESSE RELATO

E, consoante as palavras do Professor Haroldo Valadão no Anteprojeto oficial de reforma da Lei de Introdução do Código Civil:

“Para cada problema busco, desde logo, tomar seus pontos cardeais: verticalmente, vejo as soluções apresentadas através da história, em especial do direito pátrio, horizontalmente, considero, no plano do direito comparado, as medidas adotadas noutros países pelos estrangeiros que são nossos pósteros no espaço, superiormente procuro a fundamentação filosófica, moral e mesmo jusnaturalista e realisticamente, levo em conta as experiências que todos encontramos nas decisões dos tribunais, na jurisprudência que é a tábua de logarítimos dos juristas e, também, na prática do povo e das autoridades, e, ainda, nos fatores sociais e econômicos. Em coroamento final atendo ao espírito democrático pelo qual a lei não é feita no interesse de seus autores ou aplicadores, mas para felicidade do povo que a vai observar”.⁹

E será, com as devidas ponderações, em razão do conhecimento limitado em que este estudo está concentrado, ao contrário dos horizontes amplos trazidos em cada palavra do professor Haroldo Valadão, que se desenvolverá, com esforço, este trabalho, seguindo a linha de pesquisa dos Direitos Sociais, principalmente na área de concentração de Direito das Relações Econômicas Internacionais, aplicando-se a melhor técnica jurídica, uma ampla pesquisa referente ao tema central, a mediação, bem como o direcionamento de outras matérias, como a Teoria Geral do Direito, a Lógica Jurídica, a Teoria Geral do Direito Internacional Privado, as Técnicas Contratuais em geral, e todo o aprendizado obtido durante o mestrado realizado pelo autor, cuja participação total se deu por seis turmas de Direito das Relações Econômicas Internacionais I e II, sendo duas como ouvinte; duas como aluno regular e duas como assistente; 1 (uma) turma de Lógica Jurídica do 2º semestre de 2004, com o Professor Paulo de Barros Carvalho – como ouvinte; 1 (uma) turma de Filosofia com a Professora Maria Helena Diniz – aluno regular; 1 (uma) turma de Direito Contratual com o Professor Renan Lotufo – aluno regular; 1 (uma) turma de Direito Tributário Internacional com o Professor Heleno Torres – aluno regular; 1 (uma) turma de Teoria Geral do Direito

⁹ VALADÃO, Haroldo. Direito internacional privado. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1971. p. 525.

com o Professor Antônio Carlos Mendes – aluno regular, além, é claro, das diversas aulas que o autor precisou preparar ou que teve o prazer de assistir durante o curso de Extensão da COGEAE da PUC/SP, denominado *Contratos Internacionais*, como assistente do Professor Cláudio Finkelstein, e, ainda, com base em outras tantas aulas e palestras a que assistiu ou que proferiu em outros cursos e palestras pelo Estado de São Paulo; livros e textos que leu ou escreveu; sem se esquecer das inúmeras discussões acaloradas sobre Direito após as já mencionadas aulas, nos jantares que as seguiam.

1

APROXIMAÇÃO HISTÓRICA DA MEDIAÇÃO

A mediação definitivamente possui sua própria história, essa que remonta alguns poucos milênios. Sua técnica e sua especialização certamente se desenvolveram enquanto ciência nas últimas décadas, mas os relatos históricos de existência da mediação, tais quais Jesus Cristo, na Bíblia, em diversas passagens, como o Julgamento da Mulher Adúltera em que Cristo intercede pela mulher em face do povo que visava a seu julgamento nos termos da Lei de Moisés – “O que está puro entre vós atire a primeira pedra” (Jô, 8:7), não deixa de ser uma mediação, pois teve claro resultado; e, igualmente, Rei Salomão, em especial no caso “A Sentença de Salomão”, em que este ordena a divisão da criança ao meio para que cada metade fosse entregue a cada uma das duas mulheres que alegavam ser sua mãe.

Freddie Strasser e Paul Randolph, , no mesmo sentido, corroboram esse entendimento, *in verbis*:

“The concept of introducing a ‘third party neutral’ to intercede in hostile and antagonistic bilateral relationships is not new. Throughout the ages, among tribal, cultural and ethnic groups across the world from Africa to Europe and Asia, from Central and Southern America to Japan, family or community elders have been asked to assist or ‘conciliate’ in conflict situations. China during the successive imperial dynasties, adopted mediation as a primary method of resolving conflicts. Although under communism, China’s concept of mediation were changed to as more ‘absolute’ approach to right and wrong, today’s Chinese society is still infuse with Confucian virtues of compromise and traditional mediation techniques of dispute resolution.

Mediation is recorded as having been used in international conflicts in the nineteenth century, when for example, Great Britain mediated

between Portugal and Brazil in 1825, and the Vatican (Pope Leo XII) between Germany and Spain over Caroline Islands”.¹⁰

Ainda em relação à historicidade da mediação, Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger também atestam sua antiguidade:

“The activity of mediation in itself appeared in very ancient times. Historians presume early cases in Phoenician commerce (but suppose its use in Babylon, too). The practice developed in Ancient Greece (which knew the non-marital mediator as a proxenetas), then in Roman Civilization, (Roman Law (starting from Justinian’s Digest of 530-533) recognized mediation. The Romans called mediators by a variety of names, including internuncius, medium, intercessor, philanthropus, interpolator, conciliator, interlocutor, interpres, and finally mediator.

The Middle Ages regarded mediation differently, sometimes forbidding the practice or restricting its use to centralized authorities. Some cultures regarded the mediator as a sacred figure, worthy of particular respect; and the role partly overlapped with that of traditional wise men”.¹¹

Tanto partindo dos apontamentos ora realizados quanto de outros objetos do conhecimento humano¹², é possível concluir que a mediação existe há séculos, que mediadores sem qualquer formação ou intenção de ser mediador, ou de constituir um Conselho, um Tribunal ou um negócio que envolva a mediação, foram excelentes mediadores, seja do ponto de vista do ideal de Justiça, seja do prisma da argumentação e do convencimento. Mas mais relevante é que a mediação ao longo do tempo se deu entre os do povo, por estes mesmos; entre os governantes, *per si*; entre os governados pelos governantes, enfim, atendeu aos mais amplos campos, como o Direito de Família, o Direito Comercial, o Direito Criminal, o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado.

¹⁰ STRASSER, Freddie; RANDOLPH, Paul. *Mediation, A Psychological Insight into Conflict Resolution*. London, NY: Continuum International Publishing Group Ltd., 2004. p. 59. Capítulo What is mediation?

¹¹ BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation*. [S.l.]: Jossey Bass, 2004

¹² Consoante ensinado por Paulo de Barros Carvalho, em seu Curso de Direito Tributário, “Objeto do Conhecimento”.

Especificamente, no Brasil, o primeiro diploma legal relativo à resolução alternativa de controvérsia se deu na Carta Constitucional de 25 de março de 1824, em que em seu título VI, relativo ao Poder Judiciário, artigo 160, está exposto: “Nas cíveis e nas penais, civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes”.

E, definitivamente, a melhor passagem de tal instrumento normativo:

“**Art. 161.** Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum”.

No ponto em que complementarmente aponta, no artigo 162, os Juízes de Paz, eletivos, para buscar tal reconciliação.

Rosa Maria Vieira¹³ ressalta: “A Justiça de Paz é uma das mais antigas instituições da vida judiciária brasileira...”. Entende-se em sua obra que, no Brasil, a Justiça de Paz funcionou efetivamente como um meio de se gerir e de se levar a Justiça aos cidadãos, por muitas décadas, não como a mediação exclusivamente civil, mas como a mediação estatal, que possibilita “[...] conquanto seja um ato judicial, porque, realiza-se em Juízo, é um preliminar que tem seu Juízo privativo, *onde não se trata de decidir demandas*, mas somente as evitar...”¹⁴. Bem assim, no Brasil, a última herança dos Juízes de Paz e de qualquer exigência legal relativa à solução de controvérsia foram as Juntas de Conciliação Prévia, exigidas pela Justiça do Trabalho até pouco, nas quais se buscavam acordos administrativos (pela Administração Pública).

Nesse sentido, mister que se averigüe como o procedimento adotado pelo Juiz de Paz ocorria, consoante a autora Rosa Maria Vieira:

“Comparecendo Autor e Réu, por si ou seus procuradores, ao juízo conciliatório, e depois de lida a petição, poderiam as partes discutir verbalmente a controvérsia, dar explicações e provas, e ainda, reciprocamente, apresentar propostas que lhe fossem convenientes.

¹³ *O Juiz de Paz, do Império a nossos dias*. 2. ed. Brasília: Editora da UnB: 2002. p. 29.

¹⁴ Carvalho de Mendonça apud Rosa Maria Vieira. IN: ENCICLOPÉDIA Brasileira Mérito. São Paulo: Mérito, 1959. v. 11, p. 588.

Ouvida a explanação, procuraria o juiz chamar as partes a um acordo, esclarecendo-as sobre os seus interesses e inconvenientes da demanda (art. 33 do regulamento nº. 737).

Caso o juiz de Paz entendesse que as partes deveriam ter mais algum tempo para refletir sobre os meios apresentados para resolver a pendência, poderia propor-lhes o adiantamento para a audiência seguinte.

Os juízes de Paz deveriam empregar todos os meios pacíficos ao seu alcance para conciliar as partes: jamais, constrangê-las para tal. Assim, aconselhava a doutrina.

Havia a conciliação quando as partes chegavam a um acordo, aceitando propostas recíprocas e combinando na maneira de resolver a contenda, sem discuti-la no Juízo contencioso.

Uma vez alcançada a conciliação, seria lavrado termo pelo escrivão, circunstanciadamente, o qual seria assinado pelo Juiz de Paz e pelas partes (art. 1º, §1º, do regulamento nº. 143, de 15 de Março de 1842, e art. 34 do regulamento comercial nº 737)

O escrivão daria as certidões da conciliação que lhe fossem requeridas, independentemente de despacho do juiz, exceto a terceiros (art. 34 do regulamento nº 737)

Os termos de conciliação, devidamente rubricados pelo juiz, teriam força de sentença e eram executados pelos juízes de paz, quando a quantia não excedesse sua alçada, e, pelas justiças ordinárias, quando excedesse (art. 1º, § 1º, do regulamento nº. 143, de 15 de Março 1842, e art. 34 do regulamento comercial nº. 737).

Ao juiz de Direito não competia homologar as conciliações, as quais não necessitassem de homologação para serem exequíveis. A conciliação efetuada tinha força de coisa julgada e não se podia entrar no juízo contencioso contra o ajustado.”

Assim, da mesma forma que no passado, a mediação ainda é utilizada para solucionar as mais variadas ambigüidades no mundo. Em diversos países, é aceita a mediação penal (diferente da transação penal), cuja obra de referência – apesar de não específica apenas sobre o mencionado tema –, no Brasil, que não possui legislação a respeito, é a tese de Petrônio

Calmon, já publicada. Em outras Nações, a legislação abarca a mediação, regulamentando-a. É o caso da Argentina, da Espanha, da França e de alguns Estados dos Estados Unidos.

Interessante, nesse sentido, observar os autores e pesquisadores argentinos Álvarez, Highton e Jassan¹⁵, em seu *Mediación y Justicia*, que apontam claramente todo o trabalho político e jurídico realizado desde 1991, hoje história, para aprovar a Lei nº 24.573, de 4 de outubro de 1995, denominada “*Mediación y Conciliación*”.

Enfim, a mediação está de fato enraizada na natureza do Homem e da sociedade, mas é preciso que políticas públicas, como as realizadas na questão da obrigatoriedade de uso do cinto de segurança, auxiliem em sua implantação e aceitação. A mediação está de fato enraizada na natureza do Homem e da sociedade, mas muitas vezes o cidadão comum não percebe isso e parte para uma lide desnecessária. Hoje, ainda, ela é bastante utilizada, proporcionalmente, em relações de alta cúpula, entre governos e entre entes privados corporativos, do que efetivamente ao público em geral.

Os autores Freddie Strasser e Paul Randolph atestam a referida questão governamental:

“ [...] Currently a great deal of international diplomacy can be characterized as mediation, and has been widely used in the Middle East, The Balkans, East Timor, as well as a large number of conflicts on the Africa continent. Some international conflicts situations, however, such as that between the Israeli army and the Palestinians in the ‘siege’ of the Church of Nativity in Bethlehem in 2002, have been categorized as ‘resolved by mediation’; whereas the negotiations were conducted by “representatives” rather than a neutral intermediary, even though mediation techniques were extensively deployed.”¹⁶

Abstraia-se: da mesma forma que se negocia tudo, o tempo todo, por exemplo, quando crianças pedem brinquedos aos pais, quando se compra pão na padaria, quando se decide quem vai terminar de escrever determinada petição, portanto alguém terá de ficar acordado até mais tarde etc., igualmente, relações são mediadas constantemente: o amigo do casal que

¹⁵ ÁLVAREZ, Gladys S.; Elena I. Highton; Elías Jassan. *Mediación y Justicia*. Argentina: Depalma, 1996.

¹⁶ STRASSER, Freddie; RANDOLPH, Paul. *Mediation*,

busca apartar a briga do homem e da mulher, pois estes brigam por algo inútil; os advogados que mediam um acordo no processo judicial, entre outros.

O grau de importância e de dificuldade na condução de cada mediação diz respeito às partes envolvidas e a cada exegeta, mas definitivamente a mediação é histórica e correntemente presente na vida de cada indivíduo, podendo inclusive ser observada e tida como intrínseca à própria existência da sociedade, tamanha sua relevância histórica e social.

1.2. Experiência e Revisão Estrangeira da Mediação

Mister se faz o estudo detalhado de cada item

1.2.1. Estados Unidos

Em meados da década de 90, os autores Gladys S. Alvarez, Elena I. Highton e Elias Jassan, em sua obra “Mediación y Justicia”,¹⁷ diziam que os Estados Unidos desenvolveram programas de solução alternativa de disputas durante aproximadamente 15 anos, período considerado relativamente longo, levando-se em consideração que se trata de programas judiciais. Contavam com muitos programas relacionados aos tribunais, programas comunitários, vicinais e privados.

Com relação a matéria judicial, incrementaram o uso de uma solução alternativa aplicáveis nos tribunais federal e estadual. O fantasma com experiência de planejamento, implantação, administração e avaliação de programas de RAD anexos ou conectados aos tribunais refinou-se com o tempo e traz valiosa informação e orientação a juizes, administradores e a todos que estiverem interessados em melhorar a capacidade do sistema judicial para prover serviços ao público em geral.

¹⁷ ALVAREZ, Gladys S.; HIGHTON, Elena I. e JASSAN, Elias, “Mediación y Justicia”, Buenos Aires, Ediciones Depalma, p. 71, 1ª edição, 1996

As experiências adquiridas junto aos programas de mediação sugerem que nos casos que a mediação apresentam obrigatoriedade, faz-se necessário o emprego de pessoas adicionais.

Neste momento, chegamos à conclusão de que a principal característica de um programa de mediação com êxito seja a qualidade do processo de mediação. Os tribunais devem assegurar que os mediadores compreendam e sejam capazes de implantar os princípios de mediação, a fim de assistir às partes para que cheguem a um acordo, considerando suas necessidades, interesses e opções, de forma a não se converta num terceiro neutro, avaliador dos méritos da causa.

Os tribunais estão desenvolvendo a capacidade de determinar seus programas de RAD como parte integrante da operação e administração regular dos programas. Dois aspectos importantes desta capacidade são: 1) a habilidade de conseguir informação adequada, que pode prover a causa, os litigantes e os advogados; 2) o uso de métodos de avaliação.

Esses dois aspectos contribuíram de maneira significativa para o conhecimento que temos de como o RAD influi nos processos judiciais ordinários e no manuseio de causas, quais são os mecanismos estruturais e de procedimento que promovem os resultados mais apropriados e benéficos, tanto para os litigantes quanto para o sistema judicial e como se podem medir e manter a alta qualidade da solução de disputas.

A mediação de conflitos encontra nos Estados Unidos nível expressivo de aceitação e efetividade. Segundo a autora Lília Maia de Moraes Sales¹⁸, durante os últimos trinta anos, a mediação de conflitos desenvolveu-se de tal sorte que deixou de ser forma de barganha e alcançou o “status” de resolução de conflitos nos processos das cortes americanas, nos programas de resolução de conflitos comunitários, nos centros de comércio e nas disputas entre indivíduos particulares, possuindo um corpo legislativo que vai além de estatutos federais e estaduais, regras administrativas e judiciais.

¹⁸ SALES, Lília Maia de Moraes, “Justiça e Mediação de Conflitos”, Belo Horizonte, editora Del Rey, 2003, p. 125

Em agosto de 2001, na Conferencia Anual de Comissários para a Uniformização de leis, firmou-se o Uniform Mediation Act, um documento válido para todo o país. Tal uniformização foi resultado de colaboração de todos, devido a necessidade de uniformizar a regulamentação sobre a mediação e conflitos.

Neste país existe a mediação judicial e a extrajudicial, sendo a primeira realizada dentro do processo judicial e a segunda, realizada por centros especializados em mediação de conflitos.

Além das mediações supracitadas, existe, ainda, nos Estados Unidos, a mediação comunitária, que teve início com projetos das comunidades que buscavam encontrar meios de solução de conflitos para aperfeiçoar e auxiliar o sistema legal vigente.

A mediação comunitária, por suas características (utilização de mediadores voluntários, participação de mediadores que representem e conheçam a diversidade das necessidades da comunidade, promoção de relacionamentos de colaboração na comunidade, entre outros), apresenta suas raízes na democracia, visto que os mediadores ensinam aos cidadãos como lidar com os conflitos e a aprimorar a comunicação entre eles.

1.2.2. Argentina

Material elaborado por la Dirección Nacional de Promoción de Métodos Participativos para difusión y conocimiento

Cronología de evolución de normas anteriores a la aprobación de la Ley de Mediación

Decreto 1480 19 de agosto de 1992: Declara de interés nacional la institucionalización de la mediación.

Se encomienda en Ministerio la formulación de proyectos legislativos y dictado de normas.

Creación de un “Cuerpo de Mediadores”, delegando en el Ministerio de Justicia su reglamentación y designación de sus integrantes.

Se prevé inicio de la Experiencia Piloto.



Resolución M.J.N° 983

26 de agosto de 1993



Puesta en ejecución
egresados de cursos.

Contratación de 10 (diez) profesionales

Experiencia Piloto por
ad-hoc por el Dr. Jorge Maiorano, el 28 de setiembre de 1993, inician el Libro de Actas del
Cuerpo de Mediadores

Primeros diez profesionales designados



1 (un) año.



Resolución M.J.N° 535

13 de mayo de 1994

(dictada en uso de facultades atribuidas por Decreto N° 1480)



“Reglamento para los
Mediadores habilitados y
el Centro de Mediación”
Mediadores”

“Registro de

equivalencias del

Ingresan profesionales que
gestionaron

la Escuela

Plan de Estudios de

Resolución M.J.N°

de Mediadores-

de 1995, art. 30

y 31, o egresados del mismo Plan realizado en cursos dictados por ella.

Mediadores en causas judiciales:
Abogado, cuatro años de ejercicio,
certificado del curso de mediación fliar.
y patrimonial, designación, figurar en
Registro de Mediadores.

Co- mediador en causas judiciales:
Psicólogo o Asistente Social, cuatro
años de ejercicio, certificado del curso
de mediación fliar. y patrimonial,
designación, figurar en Registro de
Mediadores.

Mediador en causas no judiciales:
Sólo certificación de formación.
Experiencia Piloto de Res. M.J.Nº 983

Finaliza en diciembre de 1995
(Ministro Dr. Carlos Barra, Secretario
de Justicia, Dr. Elías Jassan).
Continúa el funcionamiento del
Centro de Mediación de la Dirección.

Ley Nº 24 573- 25/10/95

Por principio constitucional de supremacía y jerarquía de normas,
ningún Decreto o Resolución trascendió temporalmente cuando se implementó la Ley.

Aquellos abogados que cumplieran con lo establecido en los artículos 15,16 y 17 de la Ley 24 573 y con el artículo 20 del Decreto N° 1021/95, podían inscribirse en el Registro de Mediadores, hubieran o no estado inscriptos en el “Registro” mencionado en la Resolución M.J.N° 535/94, el cual funcionó, en el marco del Proyecto Piloto de Mediación , como un “Libro de Títulos”.

(Artículos 15, 16 y 17: requisitos para ser mediador: abogado y otras exigencias).



Decreto N° 1021-28/12/95 (derogado) Artículo 20: se crea el Registro de Mediadores. Artículo 21: para ser mediador se debe ser abogado, con dos años de ejercicio profesional, capacitación, oficinas y pago de matrícula. Desde diciembre de 1995 a marzo de 1996: a abogados se les entregaba una Disposición firmada por la Directora Nacional (DNEJ) en la cual se inscribía al profesional en el Registro de Mediadores, en calidad de “mediadores habilitados.

Decreto N° 91- 26/1/98 (vigente) Anexo I, Artículos 15, 16 y 17: Registro de Mediadores y requerimientos para ser mediador.

Material elaborado por la Dirección Nacional de Promoción de Métodos Participativos para difusión y conocimiento

Cronología de normas que regularon el funcionamiento del órgano de aplicación de la mediación en el Ministerio de Justicia, desde el año 1991 hasta la actualidad

Ministro: Dr. León Carlos Arslanián. Dirección Nacional de Capacitación y Comunicación. Directora: Lic. Haydée Barletta. Años 1991 y 1992.

Elaboración de un anteproyecto de ley o decreto de mediación, por una comisión de trabajo creada por Resolución M.J.N° 297/91.

Decreto N° 1480/92: Declaración de interés nacional la institucionalización de la mediación y delegación en el Ministerio de Justicia la

reglamentación, composición, funcionamiento y designación de los integrantes del Cuerpo de Mediadores y al ejecución de una experiencia piloto en mediación.

Ministro: Dr. Jorge Luis Maiorano. Dirección Nacional de Extensión Jurídica. Directora: Lic. Haydée Barletta. Años 1993 y 1994.

Resolución M.J.Nº 983/93: puesta en ejecución de la experiencia piloto y contratación de diez profesionales capacitados para su implementación.

Resolución M.J.Nº 535/94: reglamento para los mediadores habilitados por el Ministerio de Justicia y el funcionamiento del Centro de Mediación.

Ministro: Dr. Rodolfo Carlos Barra. Dirección Nacional de Extensión Jurídica. Directora: Lic. Haydée Barletta: Año 1995.

Resolución M.J.Nº 008/95: Reglamento de la Escuela de Mediadores del Ministerio de Justicia.

Disposición Nº 64 de la Dirección Nacional de Extensión Jurídica (5 de octubre de 1995): aprobación de los lineamientos a los que debían ajustarse los programas presentados por las instituciones oficiales o privadas dedicadas a la formación de mediadores, a fin de solicitar la homologación de los certificados.

Disposición Nº 59 de la Dirección Nacional de Extensión Jurídica (3 de octubre de 1995): aprobación del reglamento interno de pasantías de la Escuela de Mediadores.

Finaliza la experiencia piloto en mediación establecida por la Resolución M.J.Nº 983/93 en el mes de diciembre.

Ministro: Dr. Rodolfo Carlos Barra. Dr. Elías Jassan. Dirección Nacional de Extensión Jurídica. Directora: Lic. Haydée Barletta: Año 1996.

Ley Nº 24.573 de Mediación y Conciliación, sancionada el 5 de octubre de 1995 y puesta en marcha el 23 de abril de 1996.

Decreto Nº 1021, reglamentario de la Ley Nº 24. 573, del 28 de diciembre de 1995.

Ley Nº 24. 635, Ley de instancia obligatoria de conciliación laboral.

Decreto Nº 1169/ 96 reglamentario de la Ley N 24. 635.

Continúa vigencia de Resolución M.J.Nº 008/95 y de las Disposiciones Nros. 64 y 59 DNEJ.

Disposición N° 645 de la Dirección Nacional de Extensión Jurídica (6 de mayo de 1996): aprobación de normas específicas relativas a la homologación de cursos introductorios, entrenamientos y pasantías realizadas en entidades privadas. Instructivo para homologación de programa de curso de entrenamiento especializado en mediación familiar para mediadores familiares. Las entidades obtenían la posibilidad de homologación de certificados en forma semestral (para el primer semestre de 1996, a través de una Resolución del Secretario de Justicia, y en el segundo semestre de 1996, a través de una Disposición del Subsecretario de Justicia).

Ministro: Dr. Elías Jassan. Dirección Nacional de Extensión Jurídica.
Directora: Lic. Haydée Barletta: Año 1997.

Continúa vigencia de la Ley N° 24.573, Decreto N° 1021, la Resolución M.J.N° 008/95, y de las Disposiciones N° 64 y 645.

Disposición N° 261/97, de la Subsecretaría de Justicia (20 de junio de 1997): se instruyó a la Dirección Nacional para disponer el reconocimiento de la equivalencia de los certificados de cursos de mediación dictados por entidades que lo hubieran solicitado en el mes de marzo, para cursos que se realizarían entre el 2 de enero de 1997 y el 28 de febrero de 1998, en forma colectiva para un total de 142 entidades.

Resolución M.J.N° 211/97: se establecen exigencias de capacitación continua para mediadores matriculados en el Registro de la Ley N° 24.573, para el año 1997.

Continúa la vigencia del Decreto N° 1169/96.

Resolución M.J. N° 97/97, capacitación inicial para conciliadores laborales.

Ministro: Dr. Raúl Granillo Ocampo. Dirección Nacional de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. Directora: Dra. Ester Riesel: Año 1998.

Responsabilidad primaria: Decreto N° 1009 del 26 de setiembre de 1997.

Continúa la vigencia de la Ley N° 25.573.

Decreto N° 91/98 del 26 de enero, deroga el Decreto 1021/95.

Resolución M.J N° 284/98, aprobada en uso de las facultades atribuidas por los artículos 15, 16 y 17 de la Ley N°24.573 y Artículos 3° y 16 del Anexo I del Decreto N° 91/98.

Reglamenta el Registro de Instituciones Formadoras en Mediación-
Anexo I.

Reglamenta el examen de admisión de aspirantes a ingresar al Registro de Mediadores- Anexo II.

Resolución M.J. Nros. 479/97 y 200/98: Creación de la Escuela Nacional de Mediación (concebida fuera organizativa ministerial aprobada por el Decreto N°993/98). Se utiliza el plan de estudios de la misma para los mediadores ingresantes al Registro de la Ley N° 24. 573, como referente. Se deroga la Resolución M.J.N° 008/95.

Resolución M.J.N° 762/98: se establecen las exigencias de capacitación continua para mediadores matriculados en el Registro de la Ley N° 24.573.

Continúa la vigencia de la Ley N° 24.635 y del Decreto N° 1169/96.

Ministro: Dr. Raúl Granillo Ocampo. Dirección Nacional de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. Directora: Dra. Ester Riesel. Año 1999.

Continúa vigencia de la Leyes Nros. 24. 573 y 24.635.

Continúa vigencia de Decreto N° 91/98, 1169/96, Resolución M.J.N° 284/98 y Resolución M.J.N° 762/98.

Resolución M.J.N° 241/99: programa de capacitación continua para conciliadores laborales.

Resolución M.J.N° 75/99: reglamento del Registro de Conciliadores Laborales.

Ministro: Dr. Ricardo Gil Lavedra. Dr. Jorge de la Rúa.. Dirección Nacional de Promoción de Métodos Participativos de Justicia. Director: Dr. Sergio Abrevaya. Año 2000.

Responsabilidad primaria: Decreto N° 624 del 28 de julio de 2000 (vigente)

Ley N° 25.287 del 13 de julio de 2000: prórroga del artículo 30 de la Ley N° 24.573.

Decreto N° 537 del 10 de julio de 2000: modificación del Decreto N° 91/98, en relación con los representantes del Poder Ejecutivo en la Comisión de Selección y Contralor.

Continúa vigencia de la Leyes Nros. 24. 573 y 24.635.

Continúa vigencia de Decreto N° 91/98, 1169/96, Resolución M.J.N° 284/98 y Resolución M.J.N° 241/99.

Resolución M.J.y D.H.Nº 486/2000: exigencias de capacitación continua para mediadores matriculados en el Registro de la Ley Nº 24.573; derogación de la Resolución M.J.Nº 762/98.

Ministro: Dr. Jorge Reinaldo A. Vanossi. Dirección Nacional de Promoción de Métodos Participativos de Justicia. Director: Dr. Sergio Abrevaya. Año 2001.

Responsabilidad primaria: Decreto Nº 624 del 28 de julio de 2000 (vigente)

Continúa vigencia de la Leyes Nros. 24. 573 y 24.635, y modificatorios.

Continúa vigencia de Decreto Nº 91/98, 1169/96, Resolución M.J.Nº 284/98, Resolución M.J.Nº 241/99 y la Resolución M.J. y D.H. Nº 486/2000, y modificatorios.

Resolución M.J. y D.H.Nº 504/2001: Deja sin efecto las Resoluciones M.J.Nros. 479/97 y 200/97, por las cuales se creó la Escuela Nacional de Mediación.

Ministro: Dr. Juan Carlos Álvarez. Dirección Nacional de Promoción de Métodos Participativos de Justicia. Director A/C: Dr. Mario Resnik. Año 2002.

Responsabilidad primaria: Decreto Nº 624 del 28 de julio de 2000 (vigente)

Ley de Ministerios: Decreto 1210 del 11 de julio de 2002, artículo 2, inciso 21.

Ley Nº 25. 661. Modificación del artículo 29 de la Ley Nº 24.573, sobre prescripción.

Continúa vigencia de la Leyes Nros. 24. 573 y 24.635. y modificatorias.

Continúa vigencia de Decreto Nº 91/98, 1169/96, Resolución M.J.Nº 284/98, Anexo I, Resolución M.J.Nº 241/99 y la Resolución M.J. y D.H. Nº 486/2000, y modificatorios.

Resolución M.J. y D.H.Nº 153/02 (Ministro Dr. Vanossi) prorroga la fecha de acreditación de la capacitación continua prevista por la Resolución M.J.y D.H.Nº 486/00.

Resolución M.J.S y D.H.Nº 480/02: sustituye el Anexo II de la Resolución M.J.Nº 284/98, en relación con las instancias de evaluación de aspirantes a

mediadores de la Ley N° 24. 573 y establece un Plan de Estudios de Formación inicial para aspirantes a mediadores de la Ley N° 24.573.

Resolución M.J.S y D.H.N° 181/02: determina que la Dirección Nacional establecerá los Planes Sociales de Asistencia Jurídica a la Comunidad y los programas que lo integren.

Ministro: Dr. Juan Carlos Álvarez. Dr. Gustavo Osvaldo Béliz.
Dirección Nacional de Promoción de Métodos Participativos de Justicia. Director A/C: Dr. Mario Resnik. Año 2003.

Responsabilidad primaria: Decreto N° 624 del 28 de julio de 2000 (vigente)

Ley de Ministerios: Decreto 1210 del 11 de julio de 2002, artículo 2, inciso 21.

Decreto N° 159 del 6 de junio de 2003.

Resolución M.J.S. y D.H.N° 255/03: modificación de la fecha de acreditación de la capacitación continua para conciliadores laborales.

Resolución M.J.S. y D.H.N° 191/03: aprobación de objetivos, contenidos, carga horaria y requerimientos de planificación de cursos de capacitación que dicten agentes de la Dirección, requerimientos del cuerpo docente afectado a tareas de capacitación de la Dirección, aprobación del texto y formato de los certificados de aprobación de cursos.

Resolución M.J.S. y D.H.N° 730/03: modificatoria de la Resolución M.J.S. y D.H.N° 191/04, en lo que respecta a los requerimientos del cuerpo docente.

1.2.3. França

La presente Ley da respuesta al artículo 79.2 y a la disposición final tercera de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, y regula la mediación familiar de acuerdo con las bases establecidas por la mencionada disposición final y de acuerdo con los principios generales que informan la institución de la mediación.

La mediación, en general, como institución compleja, en la medida en que comporta la presencia y la intervención de una tercera persona, es de aplicación a

diferentes ámbitos y consiste en un método de resolución de conflictos que se caracteriza por la intervención de una tercera persona imparcial y experta, sea a iniciativa propia de las partes, sea a indicación de una autoridad judicial, que tiene como objeto ayudar a las partes y facilitarles la obtención por ellas mismas de un acuerdo satisfactorio.

La mediación familiar, y concretamente la modalidad encaminada a la solución extrajudicial de los conflictos matrimoniales, apareció en los Estados Unidos de América. En la segunda mitad de los años setenta buena parte de los Estados de la Unión ya disponían de servicios de mediación vinculados a los Tribunales.

Hay que buscar la causa determinante de la extensión rápida de la mediación familiar en aquel país en el aumento espectacular del número de divorcios, con el incremento consiguiente de la litigiosidad matrimonial y de los costes procesales.

Estas mismas circunstancias, que se producen cada vez más en muchos otros países desarrollados, han provocado la implantación generalizada de la mediación familiar, sujeta, naturalmente, a diferentes características y matizaciones, pero en todas partes con la misma finalidad: La solución extrajudicial de la conflictividad matrimonial.

A parte de la mediación como medio de solución de los conflictos matrimoniales, la presente Ley da una respuesta coherente a la institucionalización reciente que han alcanzado las uniones estables en el seno del derecho civil catalán, a partir de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja. Ésta ha comportado el reconocimiento de derechos y obligaciones entre los convivientes, los cuales pueden exigirlos ante los tribunales.

La mediación regulada por la presente Ley puede llegar a ser, por lo tanto, un instrumento válido para reducir también parte de la nueva conflictividad judicial que se pueda derivar de la aplicación de la Ley de Uniones Estables de Pareja, y también para trasladar a este ámbito los efectos beneficiosos que se derivan de la autocomposición de conflictos que la mediación comporta.

Cabe decir que, si inicialmente la mediación se dirigía principalmente a la reconciliación de la pareja, actualmente se orienta más hacia el logro de los acuerdos necesarios para la regulación de la ruptura, como son los relativos al ejercicio de la potestad, la custodia de los hijos, el régimen de visitas, los alimentos y, si procede, la atribución de la vivienda familiar, la pensión compensatoria o los otros aspectos que, de acuerdo con la legislación aplicable y las circunstancias del caso, corresponda regular.

En Europa, la mediación familiar ha sido una solución eficaz de los conflictos familiares, tanto desde el punto de vista de la prevención como de la resolución de éstos, aplicada por los países de la Unión Europea más avanzados en políticas sociales.

Muy recientemente, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que ya había impulsado, años atrás, en el ámbito de la familia, soluciones alternativas a la vía judicial, en la Recomendación núm. R (98) I, de 21 de enero de 1998, sobre la mediación familiar, insta a los Gobiernos de los Estados miembros a instituir la o, en su caso, a vigorizar la que ya tienen.

Dicha recomendación contiene una extensa exposición de motivos en la cual se formulan una serie de principios sobre la mediación que han sido debidamente recogidos en la presente Ley. Hay que destacar la atención especial que ha de tener la persona mediadora en la cuestión de saber si se ha producido violencia entre las partes o si es posible que se produzca en el futuro.

La Ley del Divorcio de 1981 constituye el primer referente legal en España que faculta a las partes para pactar los efectos de su ruptura y establecer el convenio regulador de la separación o divorcio, sin derivar la solución hacia la vía arbitral o judicial. Además, en el procedimiento que se tramita de común acuerdo, se prevé la posibilidad de que intervenga un solo Abogado o Abogada, cuya intervención, en interés de ambas partes, le reviste de un cierto carácter de componedor.

En Cataluña y el País Vasco, la situación es diferente. En esta última Comunidad funciona, desde hace unos años, un servicio de mediación familiar subvencionado por el Gobierno autónomo con la participación de los servicios sociales locales.

En Cataluña, los equipos psicosociales, integrados por Psicólogos y Trabajadores Sociales, adscritos a los Juzgados de Familia con la función de asesorar a la autoridad judicial, especialmente en la toma de decisiones relativas a los hijos menores de edad, han ampliado esta función con el asesoramiento a las partes en litigio, que siguen teniendo, de conformidad con el Código de Familia vigente, la facultad de regular, de común acuerdo, los efectos de la separación, el divorcio o la nulidad de su matrimonio.

De esta forma, ha surgido de la práctica y la experiencia acumulada durante unos años de asesoramiento en la doble vertiente a la autoridad judicial y a las personas litigantes, un modelo de mediación familiar que se aplica en Cataluña con un resultado positivo.

La presente Ley recoge y canaliza todas estas experiencias con la finalidad de institucionalizar, potenciar y extender a toda Cataluña la mediación familiar, que

encaja perfectamente en nuestro ordenamiento jurídico porque la mediación familiar devuelve a las partes el poder de decisión para resolver la crisis del matrimonio o de la unión estable de pareja, o las desavenencias del padre y la madre en relación con los hijos comunes menores de edad o discapacitados y los otros conflictos familiares que prevé la Ley en materia de alimentos y de tutela, en concordancia con el principio de autonomía de la voluntad, uno de los principios generales que informan el derecho civil de Cataluña, y favorece las soluciones pactadas, en la línea del pactismo, que constituye otra nota característica de la mentalidad y de la concepción jurídica del pueblo catalán.

Con estos objetivos, la Ley regula los aspectos jurídicos fundamentales de la mediación familiar y crea el Centro de Mediación Familiar de Cataluña, que asume la responsabilidad de fomentar y organizar el servicio público de esta actividad, sin el propósito de abarcar la mediación que se pueda producir al margen de su intervención, con pleno respeto a la voluntad de los ciudadanos y a las iniciativas privadas que ya han nacido en forma asociativa y han alcanzado una experiencia teórica y práctica en el ámbito de la mediación. Regula también la intervención de los Colegios profesionales afectados, y les da unas tareas importantes en los ámbitos de la formación y la capacitación de la persona mediadora mediante la posibilidad de creación de servicios de mediación familiares dependientes de los mismos Colegios profesionales, así como deontológicas y sancionadoras.

1.2.4. Portugal

A Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, regula a organização, competência e funcionamento dos julgados de paz e, bem assim, a tramitação dos processos da sua competência, determinando que o Governo criará e providenciará a instalação de julgados de paz, como projectos experimentais, nos municípios de Lisboa, de Oliveira do Bairro, do Seixal e de Vila Nova de Gaia. A criação dos julgados de paz, operada pelo presente decreto-lei, a delimitação da respectiva competência territorial, bem como a regulação das matérias relativas à respectiva organização interna e competências de serviços, em especial do serviço de mediação, responde à mencionada exigência legal. O presente diploma surge, assim, na sequência da iniciativa da Assembleia da República, mas igualmente e de uma forma muito vinculada no contexto global da política do Governo para a justiça, que, a par de um investimento inigualável em recursos financeiros, técnicos e humanos para o sistema tradicional de justiça, busca progredir para a construção de novos modelos em que a

administração da justiça haverá de ser caracterizada por mais acessibilidade, proximidade, celeridade e informalidade, a benefício dos cidadãos.

1.2.5 *Bolívia*

Na Bolívia, teve início um programa de assistência técnica que enfocava a procura por outras formas para ampliar o acesso à justiça.

Através das Câmaras de Comércio foram criados centros de arbitragem e de conciliação nas cidades de Santa Cruz, Cochabamba e La Paz.

A arbitragem e a conciliação comercial se desenvolveram nestes centros que estão funcionando com êxito.

Em contrapartida, quando se iniciou com a análise dos métodos alternativos, deve-se lembrar com sucesso de qual era o contexto social no qual teriam que operar tais sistemas, levando-se em consideração a existência de numerosos setores econômicos marginalizados, como sendo um dos principais fatores que deverão ser enfocados, de forma a estabelecer métodos eficientes de solução de controvérsias.

A maioria destes sistemas funcionam nas mesmas localidades campestres ou vicinais, as controvérsias se solucionam próximo às pessoas.

Em função disso, estabeleceram centros de conciliação extrajudiciais na cidade de El Alto, cidade próxima a La Paz, que versavam sobre o uso da mediação nas comunidades, explorando possíveis formas de respaldar um melhor desenvolvimento do método na Bolívia, e que ofereceu resultados altamente positivos.

1.2.6 *El Salvador*

Existem duas alternativas legislativas neste país. A primeira, que procura estabelecer um processo alternativo e a Segunda, através do Ministério Público e da

Procuradoria Geral da República, introduzida para atender aqueles que não dispõe de recursos econômicos.

Após o Primeiro Encontro Interamericano, realizado em Buenos Aires, que previa resultado positivo, El Salvador se dedicou na implantação de um projeto normativo. Foi apresentado para a Assembléia Legislativa, um documento principal denominado “Lei Orgânica e de Procedimentos para a Solução Alternativa de Controvérsias de El Salvador”.

Possui duas partes: uma parte orgânica ou administrativa que estabelece as normas básicas para a criação, organização e funcionamento dos centros de mediação, conciliação e arbitragem em todo o território nacional. Previu, ainda, a criação de dois tipos de centros: estatal e particular. Os centros estatais como o próprio nome prevê, são os supervisionados e controlados por um organismo estatal: a Corte da Justiça, ou ainda, o Ministério da Justiça, que ficarão à mercê de estratégias políticas daqueles que vierem a assumir estas instituições e seus funcionários. E os centros particulares que se situarão dentro das organizações particulares, não governamentais, como as Câmaras de Comércio, Câmaras de Indústria, Associações de Advogados, Engenheiros, etc.

Na Segunda parte deste documento encontram-se as disposições que regulariam ou pretendem regular o procedimento dos métodos alternativos, tomando como base as questões sujeitas ou viáveis de acordo não subiriam aos processos jurisdicionais sem antes esgotar o procedimento de mediação e conciliação. De acordo com esta norma, se estabeleceria uma mediação obrigatória, como pressuposto de procedimento ou condição da ação.

Também se estabelecem disposições que tratam de simplificar as alternativas de arbitragem de direito e arbitragem amigável, propiciando uma arbitragem técnica.

Por outro lado, dentro da lei orgânica da Procuradoria Geral, depois da parte orgânica também se tenta introduzir a mediação ou a conciliação para atender as solicitações de assistência legal que esta instituição dá às pessoas que quase não dispõe de

recursos econômicos, nas diferentes áreas de direito de ordem familiar, comercial ou cível. Assim, a instituição terá que canalizar a assistência antepondo o processo de conciliação.

É importante frisar que em El Salvador se conscientizou da necessidade de contar com capacidades como elemento determinante no êxito destes mecanismos, lembrando que no passado esta questão mostrou ser o calcanhar de Aquiles da conciliação em diferentes procedimentos.

DEFINIÇÃO CONCEITUAL DA MEDIAÇÃO

A mediação advém de esforços psicofísicos humanos conjuntos em solucionar ambigüidades, imprecisões ou, genericamente, dúvidas, justamente buscando a pacificação social, a manutenção das relações pessoais e comerciais e também evitando a geração de lides que afastem o foco da empresa, de um negócio ou mesmo de uma vida.

Nesse sentido, Petrônio Calmon diz que:

“a vida social normalmente é harmônica, disposta de modo ordenado, com seus sujeitos procedendo pacificamente, limitando sua própria liberdade para respeitar a liberdade dos demais. Trata-se da convivência humana, que embora tenha surgido naturalmente, tendo o homem vivido antes em um estado de anarquia, teria sido conquistada, segundo Thomas Hobbes, mediante a elaboração de um contrato social”.¹⁹

E conclui o referido autor que: “A Teoria do Contrato Social, a partir de Hobbes, explica como os homens logram um acordo unânime para desarmarem-se mutuamente”²⁰, em que cada qual renúncia parte de suas atividades defensivas e ofensivas. Ainda:

“O fato histórico, que reforça o suposto teórico, é que sem acordo de vontades a convivência é impossível. E sobre esse fato cada um dos filósofos constrói uma solução ou enuncia um problema, mas a inquietude unânime refere-se ao dilema posto a princípio: como chegar à convivência.”²¹ (Grifos nossos.)

¹⁹ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 19.

²⁰ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*.

²¹ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, p. 20.

Com efeito, pode-se concluir que o homem tende, no uso de suas regulares atribuições mentais, a buscar o convívio social pacífico. Rosa Maria Vieira²² Ainda, que a mediação auxilia nesta busca, justamente no sentido de solucionar dúvidas, impasses e ambigüidades.

Assim, Jean-François Six define mediação da seguinte forma:

“a *VONTADE*, no sentido de ‘abrir caminhos, de construir pontes, de estabelecer ligações onde elas não existem, permitindo também, que um ser encontre o caminho de si próprio’; *PREVENÇÃO*, quanto ‘a capacidade de antecipar, de discernir aonde estão os impasses; e *MEDICAÇÃO*, como ‘forma de ajuda àqueles que se encontram juntos em mau passo’”²³.

Traz também o que aponta ser o “Código da Mediação”, em suas ‘Condições Gerais de Intervenção: Princípios Diretivos’, que

“Artigo 1º – A mediação é um procedimento facultativo que requer o acordo livre e expresso das pessoas envolvidas, de se engajarem em uma ação (a *mediação*) com a ajuda de um terceiro independente e neutro (o *mediador*), especialmente formado nesta arte.

A mediação não pode ser imposta. Ela é aceita, decidida e realizada pelo conjunto dos protagonistas.

Aceitar a mediação é, para cada uma das partes, aceitar engajar-se de boa-fé na procura do que possa lhe permitir, com ajuda do mediador, estabelecer-se em nova relação.

Nem o CNM nem o mediador têm o poder ou a autoridade de obrigar as partes a criar ligações ou a aceitar qualquer acordo. Se um acordo é realizado, ele representa vontade daqueles junto aos quais o mediador *concebeu a criação possível de uma ligação e a realiza.*” (Grifos nossos.)²⁴

²² *O Juiz de Paz, do Império a nossos dias.*

²³ SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 283.

²⁴ SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*, p. 287.

Entrementes, na definição de mediação do referido autor, percebe-se justamente a forte presença do aspecto psicológico que foi denegado expressamente na Introdução deste estudo, pois, de fato, constitui uma sessão de psicanálise. Outrossim, convém a ressalva de que o aspecto pacificador da mediação é o mesmo de toda a doutrina neste trabalho adotada.

Entretanto, é imprescindível uma análise mais profunda da definição apontada para se estabelecer segurança e certeza quanto à adoção da fundamentação sugerida neste estudo, em especial quanto ao significado de mediação. Dessa feita, a definição de mediação como "vontade", "prevenção" e "medicação", anteriormente descrita é falha, pois apesar de a "vontade" efetivamente constituir a essência da mediação, assim como na realidade caracteriza a essência de todos os atos privados, os itens "prevenção" e "medicação" não são seus *definidores*. São resultados, objetivos, finalidades dela, isso, claro, com um pouco de boa vontade interpretativa.

Juridicamente, a mediação como "medicação" só poderia ser entendida no sentido de "prevenção", como é feito quando da análise processual do *writ*, por exemplo. Entrementes, esse mesmo autor ainda aponta duas espécies de mediação: a institucional-pública e a mediação-privada-particular.

Já os autores²⁵ José Osmir Fiorelli, Marco Júlio Olive Malhadas Júnior e Daniel Lopes de Moraes, que igualmente entendem a mediação como solucionadora de conflitos sociais, e, nesse sentido, trabalham hipóteses de conflito e solução, nas quais definem a mediação como uma negociação *assistida* de conflitos, isto é, com auxílio de terceiro, qualificando-a como o melhor método para abordagem destes. Aponta, outrossim, que "o principal objetivo da mediação é a satisfação das partes"²⁶.

Novamente, a crítica quanto à definição de mediação apresentada pela doutrina resiste, em que pese o fato de que houve boa técnica destes autores em sua realização, no sentido de entenderem a mediação como uma "negociação assistida". Mas existem erros quanto à prova do argumento (discurso), no sentido objetivado pelo douto professor Tércio Sampaio Ferraz Jr.²⁷, pois, como poderia a mediação ser qualificada como uma "negociação assistida" simplesmente, se a "negociação" em si é aberta e tem tendência à construção de novas relações jurídicas; e a mediação, como instrumento de solução de controvérsias, existe justamente para solucionar dúvidas de relações jurídicas já existentes? Isto é, a definição

²⁵ FIORELLI, José Osmir; MALHADAS JR., Marcos Júlio Olive; MORAES, Daniel Lopes de. *Psicologia na mediação*. São Paulo: LTR, 2004.

²⁶ FIORELLI, José Osmir; MALHADAS JR., Marcos Júlio Olive; MORAES, Daniel Lopes de. *Psicologia na mediação*.

²⁷ *Teoria da norma*, capítulos 2 e 3.

apresentada resistiria à alegação de que toda "negociação assistida" é uma "mediação"? Se assim o for, então a mediação não é aplicada para a solução de controvérsias, ou, ainda, ela possuiria aplicação de veras ampla e, quando de seu uso como solução de controvérsia, dever-se-ia especificar que se trata da mediação como meio de solução de controvérsia, o que é até bastante razoável.

2.1 Premissas de Teoria Geral do Direito Adotadas

Ab initio, faz-se necessária a ressalva de que as premissas ora adotadas se dão por opção metodológica, nos termos da ponderação do mestre Tércio Sampaio Ferraz Jr.: "Esta opção metodológica não é, porém, gratuita ou infundada. Afirmamos, neste sentido, uma relação básica, embora não reducionista, entre direito e linguagem".²⁸

Assim, passa-se a elencar e expor essas premissas com breves justificativas, não necessariamente consideradas de forma completa, visto não ser o objeto deste trabalho, além de a técnica de redação jurídica permitir cortes metodológicos²⁹.

Com efeito, Direito faz parte do mundo cultural, pois é uma criação lingüística do Homem, no intuito de regular sua própria conduta em sociedade. A Ciência³⁰ do Direito, por sua vez, só foi aceita como tal quando, da mesma forma que a Economia, conseguiu ser entendida e explicada como um sistema fechado; portanto, se assim ela se mostra, no momento em que se analisa o objeto do Direito, afastam-se as demais disciplinas. Caso contrário, haveria certo retrocesso científico.

A metalinguagem³¹ ou a Ciência podem abranger diversas vertentes do Direito. Por exemplo, a Sociologia Jurídica estuda os efeitos práticos do Direito sobre a Sociedade; a Axiologia do Direito, os valores universais e incontestes do Direito (ou de um Direito); a Filosofia do Direito estuda como o Direito deveria ser, partindo de considerações filosóficas

²⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²⁹ Carvalho, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*.

³⁰ "corpo de conhecimentos sistematizados que, adquiridos via observação, identificação, pesquisa e explicação de determinadas categorias de fenômenos e fatos, são formulados metódica e racionalmente" e "conhecimento que, em constante interrogação de seu método, suas origens e seus fins, procura obedecer a princípios válidos e rigorosos, almejando especialmente coerência interna e sistematicidade". HOUAISS, Antônio. *Dicionário Eletrônico*. Versão 1.0. Rio de Janeiro: Objetiva, dez. 2001.

³¹ Tércio Sampaio Ferraz Jr. traz em sua *Teoria da Norma Jurídica*, exatamente o sentido de estudo e técnica que se busca neste trabalho. A "pragmática lingüística" [...] "da comunicação jurídico normativa" [...] "como lingüística do diálogo", com especial atenção dedicada a *parole* – "conforme a propositura de Saussure". (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*).

de sociedade, causa e efeito, axiomas etc., e a Lógica Jurídica, o raciocínio jurídico. Essas vertentes do Direito são ciências jurídicas, e cada qual é única em seu objeto.

No Brasil, muito se discute sobre o sistema jurídico nacional, mas não há uma única definição nem linhas gerais de suas necessárias premissas de interpretação. Não existe harmonia ou unidade sequer quanto ao Direito Brasileiro ser natural ou positivo. Por exemplo, para muitos, há um direito intertemporal; para outros, inclusive para o autor deste estudo, não.

Assim, sem tais apontamentos, resta claro que é deveras abstrusa a adequada e concreta qualificação dos institutos jurídicos e seus desmembramentos, isto é, a conseqüente estruturação de uma teoria. Levando em consideração que as estruturas de uma teoria sem objetividade e determinação claras quanto a um critério científico adotado são demasiadamente amplas, porém frágeis, *o direito objetivo* poderia ser analisado e concluído de muitas formas, mas suas bases não lhe dariam o devido sustento.

Também, não cabe, neste trabalho, o desenvolvimento de mais uma Teoria Geral do Direito, por isso demonstrar-se-á quais serão as premissas de Direito a serem adotadas.

Assim, a premissa básica do Direito da qual se partirá é que este é diretamente elaborado por seres humanos, destinado a eles, fiscalizado por e julgado por eles, como anteriormente depreendido. Isso é indiscutível.

Portanto, e aqui se destaca o apontamento da Professora Maria Rocasolano, o Direito como ciência não erra, mas seu operador é absolutamente passível de erros³², mesmo em Sistemas Jurídicos, como o alemão, em que os magistrados são positivistas e absolutamente técnicos, percebendo-se naquela nação grande compromisso dos julgadores com o Direito posto (positivo) e com a Tripartição dos Poderes – como é possível se apreender da leitura do Cinqüentenário de Jurisprudência Alemã.

Todavia, em um talvez existente Direito Natural interno a cada julgador ou uma valoração particular da norma, como ocorre, às vezes, no Poder Judiciário Brasileiro – qual seja uma infeliz prática de utilização de um *mix* de valores e positivismo, no qual o valor e a lei são aplicados caso a caso –, insurge-se brutal insegurança jurídica e total perda da tecnicidade, visto que literalmente aplica-se a regra da conveniência.

Isso significa que se torna ainda mais necessária a averiguação do critério humano quando do estudo e do desenvolvimento da Ciência do Direito, justamente com foco na aplicação deste (elaboração, destinação, fiscalização e julgamento).

³² É claro que o “erro humano”, para o Direito, não passa de “sociologia do direito”, salvo quando é proferido por um Tribunal Superior, no qual este “erro” se torna Direito, ou em outra instância qualquer, na qual pode ser estabelecido um direito “intra partes”.

Propõe-se, portanto, e de início, a utilização de técnicas que diminuam a possibilidade de discricionariedade (ponto em que acontece o erro), não o suficiente para sufocar a humanidade do Direito, muito pelo contrário, ela é plena no Legislativo, mas para adequar seu cumprimento e julgamento. Por exemplo, qualquer prescrição de conduta humana possui apenas três espécies de modais deônticos, que são: a proibição, a obrigação e a permissão. Paulo de Barros Carvalho, com muito mais fundamento, entende que se tratam de seis: os modais mencionados e a negação de todos, ou seja, não proibição, não obrigação e não permissão.

Neste texto considerar-se-ão apenas os três modais deônticos positivos, pois, como o próprio mestre Paulo de Barros Carvalho explica, em seu quadro de interdefinibilidade dos modais deônticos, um pode ser substituído pelo outro, o que torna alguns desnecessários³³, mas em suas formas essenciais positivas isso já não se faz possível. Assim é que igualmente se entende que deveria se dar qualquer estudo de Direito no Brasil: com base em critérios rígidos, lógicos e objetivos de interpretação da lei, não de valoração e extensão da norma.

De fato, quando do estudo do Direito no Brasil, a Ciência do Direito, que é Ciência Humana, deve se preocupar com critérios humanos atinentes ao este – mas tal preocupação deve se dar a fim de que se garantam a validade e a eficiência dos atos jurídicos (normativos ou não). Isso porque os juízes de 1º Grau (em especial os do Trabalho e Estaduais) têm por hábito um julgamento mais apoiado em fatos ou valores do que no próprio Direito; como expoentes dessa metodologia jurídica, estão os magistrados do Rio Grande do Sul, com seu Movimento *Juízes pela Democracia*, já os paulistas, uma boa parte deles, não são influenciados por esse movimento.

Essa opinião não é imaginária ou isolada, como se nota na entrevista dada por Pietro de Jesús Lora Alarcón *ao Jornal Academia do Direito*:

“Segurança e certeza são questões dentro do sistema jurídico ligadas à preservação dos direitos, mas também a sua efetiva realização. Eu acho que uma resposta adequada a esse interrogante deve partir da base de que o suporte da ordem jurídica, ou seja, de que a Constituição Federal de 1988 é uma Constituição ancorada em princípios. E de que esses princípios não podem nem devem ser

³³ Salvo se analisados do ponto de vista exclusivamente da argumentação, na qual a variabilidade de proposições lingüísticas auxilia o processo de convencimento. CARVALHO, Paulo de Barros. *Língua e Linguagem – Signos Linguísticos – Funções, Formas e Tipos de Linguagem – Hierarquia de Linguagens*. 1998. Apostila do curso de Lógica Jurídica para mestrado e doutorado, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 54.

reduzidos a regras. Nós observamos, e eu acho isso muito preocupante, uma tendência a escamotear a multifacetariedade da realidade social. Se ela é diversificada, e ainda, se modifica de forma muito acelerada, o sistema judiciário fica em uma situação tal que resulta bastante difícil criar o que alguns pretendem, uma decisão *standar*. Corremos o risco, então, de fazer dos princípios algo também *standar*. A certeza jurídica é a certeza da decisão motivada, fundamentada principiologicamente, razoável intrínseca e extrinsecamente, proporcional levando em conta o possível confronto entre direitos fundamentais. Essa certeza, que implica uma distinção entre texto normativo e norma, reconhece que a lei não é mais, e aliás nunca foi, a rigor, expressão da vontade geral, mas resultado de processos de convergência de interesses de setores no Congresso Nacional. Também esse nosso raciocínio caminha na contramão da idéia de necessariamente sumular decisões, e ainda vincular a apenas uma interpretação as decisões de todo o sistema judiciário. Isso ingressa o sistema e, então, a segurança jurídica, em lugar de ser fortalecida, é enfraquecida em função de uma certeza inexistente”.³⁴

Este estudo não vê o Direito como uma Ciência valorativa, multifacetada, tampouco não o entende como a Ciência da Norma, a qual analisa exclusivamente a norma jurídica pela semiótica e a considera como direito posto. Por ser o Direito uma Ciência humana e justamente por esse entendimento necessariamente se aplicar ao tempo e ao espaço de forma geral e abstrata, ele deve ser amplo o suficiente para abarcar tudo.

Entende-se, assim, que o Direito é a *Ciência das Competências Jurídicas*, que, por intermédio de seus agentes diretamente competentes, ou competentes por delegação, *prescrevem enunciados lingüísticos* – reguladores de conduta – sendo essas competências derivadas da Carta Magna. Dessa maneira, elas são exercidas por seres humanos, preferencialmente por atos vinculados ou com possibilidades mínimas de discricionariedade.

Assim, Kelsen, no capítulo que destinou à Dinâmica Jurídica (sistema dinâmico, que considera “...como acontece com tudo o que é consuetudinário ... (natural)...”), estabelece que a validade da norma:

³⁴ JORNAL *Academia do Direito*, São Paulo, ano 1, maio 2007. Edição inaugural.

“[...] só pode, em última análise, ser fundamentada através de uma norma pressuposta por força da qual nos devemos conduzir em harmonia *com os comandos da autoridade que a estabelece* ou em conformidade com as normas criadas através do costume”.³⁵ (Grifos nossos.)

E conclui:

“O princípio estático e o princípio dinâmico estão reunidos numa e na mesma norma quando a norma fundamental pressuposta se limita, segundo o princípio dinâmico, a conferir poder a uma autoridade legisladora e esta mesma autoridade ou por outra por ela instituída não só estabelecem normas pelas quais delegam noutras autoridades legisladoras mas também normas pelas quais se prescreve uma determinada conduta dos sujeitos subordinados às normas e das quais – como o particular do geral – podem ser deduzidas novas normas através de uma operação lógica.”³⁶ [sic]

Então, para o jurisconsulto Kelsen, embora não tenha desenvolvido seus estudos em relação especificamente à competência jurídica, o Direito, em última análise, é efetivamente a competência jurídica, mesmo que não exista determinação de conduta quando analisado o Princípio Estático do Direito. Assim, deixa-se a pergunta: como nasce o Direito munido de competência e conteúdo? – de um ato social que seja reconhecido por uma nação como supremo³⁷, seja por razões divinas, seja por razões sociais, assim como entende Kelsen:

“Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto

³⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 100.

³⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p..

³⁷ Deus, per si, não requereu ou requer expressamente qualquer Direito. Salvo por meio de seus Mandamentos. A sociedade crê em Deus e em seus Mandamentos, portanto o ato de seu reconhecimento é um ato social.

ou conseqüência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas.”³⁸

Para o insubstituível doutrinador, o Direito é a norma, mas não a conduta humana. Ainda, a norma, e não a competência normativa. Este doutrinador entende por norma hipotética fundamental o ato não-jurídico – o ato social – que institui um sistema jurídico. Por fim, aborda o direito como o ‘dever-ser’, no sentido de no mundo real existir a possibilidade de seu inadimplemento; portanto, vê a norma jurídica como uma norma dupla, na qual a endonorma e a perinorma buscam a ordem e seu cumprimento ou a punição deste.

Então, o ato normativo estabelece, consoante suas próprias diretrizes, o restante do ordenamento jurídico, mas Kelsen entende que, justamente nesse ponto, reside a ausência de conteúdo³⁹ da ordem jurídica, pois falta a este ato social um conteúdo normativo. Deus seria incontestável, mas não expressaria conteúdo. O pacto social buscaria a convivência em sociedade, mas não conteúdo, e assim por diante.

Análise a situação divina. Se Deus é o que se diz⁴⁰ e, portanto, é incontestável, devemos obedecer a Deus sempre e também a seus Mandamentos, formando justamente o conteúdo normativo de Kelsen – “devemos obedecer a Deus” e, em segundo plano, já como normas introduzidas no sistema, aos Mandamentos.

Já na hipótese da vida em sociedade, é realizado um Pacto Social⁴¹ no qual subentende-se a necessidade de convivência em “harmonia”. Kelsen deriva logicamente a essa convivência para diversas outras prescrições de condutas. A decisão de viver harmoniosamente em sociedade é um ato que por si estabelece um conteúdo normativo. Nesse aspecto, Kelsen está corretíssimo, e não existe melhor análise até então.

Assim, é interessante observar que as discussões em torno do Direito são deveras acaloradas, em especial no tocante ao que é, de fato, Direito e como este deve interagir com a sociedade, com o tempo, ou melhor, com a história, e também com a universalidade.

Por exemplo, em um dos mais brilhantes trabalhos jurídicos pesquisados, *O Poder Reformador na Constituição Brasileira de 1988*, o Professor Doutor Vladimir Silveira aponta:

³⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*.

³⁹ Neste trabalho não se entende que exista necessidade de conteúdo originário, mas exclusivamente de validação de um dado sistema normativo, porém optou-se por esclarecer o entendimento kelseniano.

⁴⁰ De forma alguma a idéia, nessa passagem, é de contestar qualquer existência, importância ou, enfim, dogma incontestável ou contestável, mas analisar hipóteses do ponto de vista acadêmico.

⁴¹ O povo celebra entre si, um contrato que determina a vida harmoniosa em sociedade.

“No século XX, o movimento constitucionalista sofreu duras críticas, pois, de um certo modo, permitiu a instalação de ordens totalmente desprovidas de valores, princípios e ética. Esses regimes de exceção, como o fascismo e nazismo – este, sobretudo, implementando sob a égide da legalidade, participando inclusive de eleições diretas que o colocou no poder na Alemanha – mostraram ao mundo e ao próprio constitucionalismo que os regimes constitucionalistas tinham a necessidade de alguns elementos básicos e universais (ou pelo menos majoritários). Assim, o princípio do governo democrático da legitimidade popular, por intermédio da instalação de assembleias constituintes e até mesmo referendos, aliados ao comprometimento do Poder constituinte com ideais consagrados pela humanidade, passaram a ser práticas rotineiras.

Esse processo histórico, que se iniciou após a Renascença com a criação do Estado moderno, trouxe algumas conseqüências até os dias de hoje. Entre elas, podemos apontar: (i) que todo o Estado possui uma Constituição, na medida em que possui uma institucionalização do poder; (ii) a Constituição de um Estado é o seu documento supremo, e é ela que define as relações de poder, limitando e legitimando os atos dos governantes, ao mesmo tempo que elenca uma série de direitos e garantias indisponíveis dos cidadãos, e (iii) o processo de criação da Constituição não possui limites jurídicos, mas sim políticos, psicológicos, históricos, sociais, ou sejam os legítimos detentores do poder podem dispor do seu conteúdo neutro e aberto de acordo com a doutrina filosófica majoritária, desde que respeitados alguns padrões mínimos de Direito Constitucional Internacional.”⁴²

Nesse ponto, é imprescindível atentar a esta menção: *o nazismo, positivista, é um regime de exceção e não respeita princípios universais de direito, portanto não pode ser considerado direito*. Para que se constituísse um ordenamento jurídico, necessariamente haveria de se limitar o Poder Constituinte Originário, não juridicamente, mas de acordo com

⁴² SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *O poder reformador na Constituição Brasileira de 1988: e os limites jurídicos às reformas constituições*. São Paulo: RCS, 2006.

limites históricos, políticos, psicológicos, sociais, enfim, *o Poder Constituinte Originário deveria respeitar padrões mínimos de Direito Constitucional Internacional*.

É impossível discordar do Professor Vladimir Silveira no sentido de que o regime nazista ou o regime fascista não tenham sido regimes de exceção. É claro que foram e concorda-se plenamente com os itens (i) e (ii) antes citados.

Com efeito, vale inicialmente aduzir que, para se constituir um ordenamento jurídico, nunca foi dito neste que as normas são justas, boas ou más, ou que essas devem ou não respeitar a vida, o direito a esta ou qualquer outro. Diz-se apenas que para haver direito é necessário um pacto, uma norma pressuposta ou uma força absoluta.

Ao continuar com a leitura da obra do referido Professor, observa-se:

“Com relação à terceira conseqüência acima, convém transcrever as sábias palavras de Jorge de Miranda. De acordo como jurista:

‘Na Grécia, por exemplo, se se fala em Constituições, e se na Política, Aristóteles, procede ao estudo de dezenas de Constituições de Cidades-Estados, não avulta o sentido normativo de ordem de liberdade. Sem deixar de se afirmar que a Constituição, o nomos de cada Estado, deve orientar-se para um fim ético, ela é pensada como um sistema organizatório que se impõe quer a governantes quer a governados e que se destina não tanto a servir de fundamento do poder quanto a assinalar a identidade da comunidade política’.

Assim sendo, a Constituição da Etiópia, de 1931, isto é, a encomendada por Haile Selassi e que trouxe no seu artigo 5º plenos poderes ao imperador (art. 5º – ‘No Império Etíope o poder supremo pertence ao imperador’), não pode ser aceita como tal, pois fere os padrões mínimos do Direito Constitucional. Seria um total contra-senso do constitucionalismo lutar para limitar o poder por intermédio de um documento supremo e solene, se esse documento pudesse perpetuar – e pior legitimar – uma ordem sem limites aos governantes ou sem garantias e direitos aos cidadãos. Portanto pode-se dizer que somente as Constituições que respeitem o mínimo necessário, como, por exemplo, limitação e organização do poder, carta de direitos e

legitimidade do Poder constituinte poderão ser consideradas Constituições autênticas. As demais serão simples fraudes”⁴³.

Ainda traz o seguinte:

“Emmanuel Sieyès mostrou que o terceiro estado na França era tudo, isto é, era quem gerava rendas, era a maioria da população, era quem pagava impostos, e também era quem morria pela pátria. Desse modo, concluiu que ele deveria ter uma representação significativa dentro da organização política da França. Porém, Sieyès não atribuiu a condição de soberano ao terceiro estado, mas sim a toda a nação. Nesse sentido, Sieyès denunciou o privilégio dos nobres, classificando-os como ilegais. Criticou duramente a doutrina que os justificavam, concluindo ser um absurdo chamá-los de direitos. Portanto, defendia uma lei única, ou seja, que todos fossem iguais perante a lei. Para o abade francês, a nação é ‘um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura’.

[...]

A nação é o povo durante os tempos [...] uma encarnação do povo aistórica, ou seja, não restrita a um determinado momento histórico. Desse modo, e de acordo com a sua visão, a soberania e, conseqüentemente o Poder constituinte pertence ao povo, porém na defesa de seus interesses constantes, e não momentâneos.”⁴⁴

O Professor Vladimir Silveira⁴⁵ ainda destaca que seu trabalho adota como pressuposto a idéia de que o Poder Constituinte não possui limites jurídicos, mas, sim, morais, éticos, democráticos, entre outros. Ademais, ensina que a denominação correta do Poder Constituinte Derivado deveria ser o Poder Reformador.

Outro embate a ser gerado é o de que se pretende apenas demonstrar que as preocupações do mencionado professor estão vinculadas aos modernos estudos jurídicos, que esperam, é claro, banir qualquer possibilidade de supressão da democracia, da liberdade, dos

⁴³ SILVEIRA, Vladimir. O poder reformador na Constituição Brasileira de 1988.

⁴⁴ SILVEIRA, Vladimir. O poder reformador na Constituição Brasileira de 1988.

⁴⁵ SILVEIRA, Vladimir. O poder reformador na Constituição Brasileira de 1988.

direitos e das garantias constitucionais de primeira geração etc.. *Nosso apontamento está restritamente vinculado em marcar o Direito de forma universal: não necessariamente como o direito à democracia, o direito à liberdade ou os direitos e as garantias individuais, mas meramente o Direito per se.* O Direito por meio do tempo e do espaço.

Assim, para se entender que um país é democrático, deve se analisar o seu ordenamento jurídico; para verificar se ele é constitucionalista, examinam-se suas leis e sua lei maior; para ficar claro quais os direitos e as garantias das pessoas naturais de uma nação, a fim que essa possa ser qualificada como um Estado de Direito ou não, estuda-se seu sistema jurídico e verifica-se se seus Governantes são ou não efetivamente sujeitos à legislação. A rigidez das leis e o quão submetidos a estas estão os governantes seriam outro conceito a se analisar e considerar.

Para se apontar se um país tem um ordenamento jurídico ou um sistema interno de leis, para que se possa estudar o Direito de qualquer nação, basta que este tenha leis vinculadas a um ato social, como já mencionado, derivado de todas as demais leis de um ato inicial, isto é, por meio da competência normativa.

Outro aspecto relevante nas presentes premissas é que, em todo momento da teoria kelseniana, percebe-se ser o fundamento de conteúdo de qualquer ordem jurídica a coação, na qual se fixou o célebre dito jurídico de que o *Direito é o Dever-Ser* e, em tese, a vida em si, isto é, a experiência física, o mundo fenomenológico⁴⁶, o *Ser*. Dessa feita, para Kelsen, um sistema jurídico só tem validade se suas normas forem em boa parte cumpridas, não dispensando o uso da força para coagir aqueles que, no exercício de sua liberdade natural, restam inadimplentes, ou melhor, agem em desacordo com o Direito posto.

Discorda-se dessa posição. A norma jurídica, enquanto linguagem e enquanto Direito, não precisa de pena ou norma coercitiva para ser norma jurídica. Não existe norma primária e norma secundária, apenas “norma”. Considerando-se assim a norma posta, essa não deve se preocupar com seu cumprimento. Normas jurídicas de coerção é que atentarão aos efeitos práticos do descumprimento normativo e buscarão nas condutas humanas a melhor solução para garantir, minimizar e até reduzir o descumprimento da norma, visto que é especialmente benéfico à sociedade a especialização dos instrumentos legais. Ressalte-se que,

⁴⁶ Husserl: “método filosófico que se propõe a uma descrição da experiência vivida da consciência, cujas manifestações são expurgadas de suas características reais ou empíricas e consideradas no plano da generalidade essencial”.

de qualquer modo, o descumprimento de normas jurídicas é o principal fator perturbador do sistema jurídico brasileiro⁴⁷.

Quanto ao momento de elaboração da norma, havendo competência jurídica para tanto, deve-se, sim, estudar a sociedade, a história, a geografia, a lógica, o próprio sistema legal. Como quer Paulo de Barros Carvalho⁴⁸, o esforço psicofísico de enunciação normativa não é objeto de estudo do Direito no sentido de lhe aplicar metodologia ou qualquer lógica, mas apenas na maneira de analisar seus aspectos formais de validade.

De qualquer jeito, o processo de formação da norma é o mais importante e mais relevante de toda sua existência, pois aí estão o momento e a oportunidade para a discussão valorativa da norma, em todos os seus mais amplos aspectos, por exemplo, seu conteúdo, efeitos e finalidade social.

Uma vez posta, a norma deve ser estudada como norma, e mais, de acordo com Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁴⁹, “a norma é entendida como comunicação jurídico-normativa”, isto é, como “parte da lingüística do diálogo”, sem requerer outras análises salvo aquelas advindas da “pragmática lingüística”; e, de parte do autor, também da semiótica. É importante frisar: o Direito estuda a competência jurídica, a começar de seu fundamento de validade, e se desdobra em face e relação a si mesmo a partir de tal ponto.

No Brasil, portanto, existe Direito. Por meio de eleições diretas de representantes, elegeu-se o Poder Constituinte Originário, o qual, por sua vez, promulgou uma Constituição Federal, em 1988. Embora efetivamente tenha havido um total desrespeito ao ato constitucional anterior, qual seja da mesma espécie que haveria de existir em razão de uma revolução, pois nenhum ordenamento prevê regras de auto-exclusão ou de autofagia, ocorreu ato social qualificado no sentido de se instituir o novo ordenamento jurídico. Atingiu-se a *Grundnorm* de Kelsen. Logo, criou-se o Direito no Brasil, extinguindo-se a ordem jurídica, ou o Direito anterior.

Concluindo, no Brasil, atualmente, é Direito o ato normativo emitido pelo Congresso Nacional que cumpre todos os mandamentos da Lei Maior de 1988. O Congresso Nacional, em certos procedimentos, é competente para promulgar determinados atos normativos. Igualmente, o Presidente da República pode outorgar Medidas Provisórias e editar Leis Delegadas. Também pessoas de direito privado podem contratar e, imbuídas de

⁴⁷ Muitos pesquisadores entendem que o Brasil não precisa de mais ou novas normas jurídicas. Precisa apenas fazer cumprir as existentes.

⁴⁸ Em suas aulas e em boa parte de suas publicações.

⁴⁹ O Professor é adepto da Tridimensionalidade do Direito, mas em sua *A Teoria da Norma* abordou aspectos efetivamente objetivos do discurso lingüístico-jurídico. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*.

Liberdade Privada, obrigar-se, legislando em face e em razão de si mesmas. Elas têm competência jurídica derivada para obrigar-se perante si, a Sociedade e o Direito, respeitadas a Lei, os bons costumes e a ordem pública.

Nesse diapasão, visando à justificativa das cláusulas contratuais e das regras procedimentais ao final expostas, e ainda em virtude do Artigo 5º, *caput*, e inciso II, da Lei Maior, os atos civis que cumprem os requisitos anteriormente apontados são incorporados ao Direito e, dessa feita, tornam-se objeto de estudo da Ciência do Direito.

Aproveita-se, assim, para justificar a subdivisão acadêmica tida por Direito Contratual⁵⁰. Frise-se: o Direito Contratual não consiste exclusivamente na análise dos

⁵⁰ “The common law, and how it develops rules for allocating risk and deciding business and commercial disputes through a body of reported decisions, has provided a framework for governing commercial trade and commerce that has served business well over the years.

Recent empirical research by scholars at Harvard University and the University of Chicago (La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer and Vishny) has found that legal systems do, in fact, matter. Stated differently, their research credits the common law legal system as a significant reason why certain countries develop at a more advanced rate than, for example, civil law countries.

It is therefore ironic that the resolution of business and commercial disputes in a prominent common law country such as the United States is becoming more and more "privatized," thereby stunting the development and growth of the very body of common law that has traditionally served business so well.

This article points out that this "privatization process" is occurring at a number of levels and through a variety of mechanisms:

First, and most obvious, businesses are voluntarily exiting the public court system and making increased use of private ADR to resolve their disputes. Yet, the evidence is mixed as to whether private ADR is, in fact, cheaper, faster, entails more just decisions than what juries can offer, etc.

Second, "managerial judging" has arrived where, for example, our own courts are diverting important business and commercial disputes into some form ADR (often against the will of the parties) in order to clear dockets and conserve judicial resources for non-business cases. Relatedly, our own courts are making increased use of such tools as *vacatur*, selective publication and the related adoption of no-citation rules, depublishing, filings under seal and confidential protective orders, thereby further diminishing the development of our common body of commercial law.

Third, changes in the institutional practice of law itself are taking place -- namely, the advent of what we call the "discovery lawyer" at many corporate law firms. These firms are elite institutions that attract our most talented graduates, have the most powerful clients, possess the greatest clout within the profession and exert a disproportionate influence over the practice of law and development of our body of commercial law. Yet such firms (and the way they are structured) and such lawyers (and the way they are trained and mentored) drive up legal fees, thereby further frustrating business owners and giving them yet another reason to exit the public court system and take their commercial disputes to private ADR.

Standing alone, none of these developments or levels of privatization may be cause for concern. However, we argue that the cumulative effect of these privatization processes has serious consequences for the future development of our body of commercial common law. For example, the continued vitality of the very legal system that La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer and Vishny point out has been so beneficial to the business community may be in jeopardy. Further, the development of our contemporary body of commercial common law based on many courts' experiences with similar business cases and the evolution of a set of rules that might have helped prevent such disputes from occurring in the first place is significantly thwarted. There is also a loss of important information to the public and the gap between the "haves" and "have-nots" in business is further widened.

What can and should we do about it? This article concludes by pointing out that with several course corrections designed to: (1) help maintain a sufficient quantity and variety of business cases at the trial court level; and (2) help increase the use and availability of appellate decisions - courts and the common law in the 21st century can play a more important and effective role in regulating and evolving our business and commercial lives.” (Grifos nosos). CARR, Chris A.; JENCKS, Michael R. The Privatization of Business and Commercial Dispute

impedimentos legais impostos à Autonomia Privada, mas especialmente pela competência normativa de cada pessoa, sujeita e objeto de direitos, criar normas entre si e entre outras partes, nos limites da Liberdade Contratual e no exercício da Autonomia da Vontade.

Por fim, Kelsen justifica a autonomia privada, no mesmo sentido, mas com base em sua teoria da norma, *in verbis*:

“O fato contratual consiste nas declarações de vontade concordantes de dois ou vários indivíduos, as quais vão dirigidas a uma determinada conduta destes. A ordem jurídica pode prescrever uma determinada forma – embora não tenha necessariamente de o fazer – que estas declarações devem revestir para representarem um contrato juridicamente vinculante, quer dizer: para produzirem normas que impõem deveres e conferem direitos aos indivíduos contratantes – prescrevendo, v.g., que as declarações devem ser realizadas por escrito e não simplesmente via oral ou através de gestos. Em todo caso, as partes têm de por qualquer forma expressar sua vontade, quer dizer, exteriorizá-la numa aparência. De outro modo, o fato de um contrato ter sido concluído não pode ser verificado num processo de aplicação do Direito, especialmente num processo judicial.

Entre a vontade real de uma das partes e a sua declaração é atribuído, pela contraparte no contrato ou pelo órgão aplicador do Direito, um sentido diferente daquele que a própria parte quis exprimir com a sua declaração. Quais as conseqüências que tem uma tal discrepância, é questão a que só pode responder-se com base na ordem jurídica, e não através da ciência jurídica. A ordem jurídica pode determinar que não se conclui um contrato criador de Direito quando uma das partes está em posição de poder demonstrar que o sentido in-tendido (SIC) (por ela visado) da sua declaração é diferente daquele que lhe é atribuído pela outra parte. Mas a ordem jurídica também pode determinar que uma tal discrepância não tem qualquer incidência *sobre a validade da norma contratualmente criada*, que ela é juridicamente irrelevante, que apenas importa o sentido que, no entender do órgão aplicador do Direito – em

caso de litígio –, pode normalmente ser atribuído à declaração pela outra parte. A ordem jurídica pode conferir mais peso à declaração do que à vontade efetiva, ou, inversamente, conferir mais peso à vontade real do que à declaração. A resposta à questão de saber qual das duas soluções do presente problema deve ser preferida depende dos princípios de política jurídica que determinam o legislador. O ideal da segurança do tráfico pode conduzir a uma solução, o ideal da liberdade individual pode conduzir à outra.

*Através de uma norma criada contratualmente só podem, em regra, ser estatuídas obrigações e direitos para as partes contratantes. Nisto se exprime o princípio da chamada autonomia privada. No entanto, uma ordem jurídica também pode permitir os chamados contratos a cargo ou em favor de terceiros, isto é, normas contratualmente criadas através das quais se impõem deveres ou conferem direitos a indivíduos que não participam na produção do fato criador de Direito”.*⁵¹ (Grifos nossos.)

2.2 Aplicação das Premissas Adotadas de Teoria Geral do Direito ao Direito Internacional

Para fazer ciência, deve-se testar a idéia científica, seja ela empírica ou filosófica, para caracterizá-la como consistente ou não. Essa é a grande distinção das ciências humanas, que são objeto do mundo cultural: não são sujeitas diretamente ao exame empírico, embora disso discorde a sociologia do direito, mas exclusivamente a esse exame.

A construção de uma idéia científica, objeto do mundo cultural, não deve efetivamente ser combatida com aplicações empíricas, pois, provavelmente, ela nunca conseguirá, com base na experiência, atingir toda a amplitude e a perfeição que alcança enquanto idéia. Ao levar em conta que é nesse ideal cultural, e não ideal absoluto, que deve se espelhar a sociedade como um todo, seria contraproducente não buscá-lo no conhecimento, reservando-se ao Direito, exclusivamente, aquilo que for empiricamente verificável.

Nesse aspecto, vale mais uma digressão: o mundo cultural sedia a ciência do Direito, mas esta, sem dúvida, alcança o mundo ideal em seus princípios, visto que no

⁵¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*.

momento da elaboração de suas prescrições, em tese, dever-se-ia buscar a Justiça como fundamento supremo, que é nítido objeto deste mundo.

Outro aspecto relevante do Direito é que no decorrer dos séculos o objeto de estudo de sua metalinguagem não deve e não pode se modificar. O que se modifica é a noção de Justiça, objeto do mundo ideal do qual o Direito tiraria seus pilares existenciais, portanto toda a construção de dado ordenamento jurídico seria feita com base nesse novo ideal.

Com efeito, quem dita o Direito no Egito Antigo é o Faraó, considerado um ser divino. O que ele determina é a vontade dos deuses, e isso é incontestável. Portanto, o Faraó é a concretização da norma hipotética fundamental daqueles tempos, daquela região, e pode “pôr o Direito” e todas as competências dele derivadas.

Isso também se aplica à questão da territorialidade. O Direito não pode ser entendido de forma diferente mormente o exegeta esteja em local geográfico distinto, ou seja, fora de seu país de origem. Mas e se o Direito estudado não possuísse território e ao mesmo tempo possuísse todos os territórios? Isto é, no cenário internacional, há direito?

Efetivamente, a primeira dúvida existente no cenário internacional é relativa à existência ou não de um Direito. Ainda, se uma Teoria Geral do Direito é válida, essa deve, pelo menos em tese, ser aplicada em outros direitos diversos ao do direito pátrio daquele(s) que a desenvolve(m). Passa-se, portanto, a expor as respostas das referidas questões, consoante serão entendidas neste trabalho.

Partindo da definição de Direito apontada no item anterior, qual seja a de *Competência Jurídica*, entende-se que mesmo que a norma hipotética fundamental, outorgante de cada sistema jurídico, possa variar, pela definição do sistema jurídico e pela promulgação ou outorga de um diploma maior, todas as demais normas e os outros atos ou ações de fato são legitimados ou não; portanto, são competentes ou não, com base justamente no referido diploma.

Assim, procede claramente a utilização da Competência Jurídica, como definição de Direito, aos Direitos Pátrios.

Internacionalmente, a Competência Jurídica é igualmente aplicável ao Direito Internacional, pois considera a União Européia e seu atual *status* de integração regional, como comanda o literato professor Cláudio Finkelstein, que orienta o presente estudo, por meio de órgãos *supranacionais*, a cujas decisões se submetem os Poderes de cada nação integrante do referido mercado de bloco, pois em suas próprias legislações existe permissivo legal de tal cessão de soberania, há claro o *pacto social* e também é visível a existência de norma superior.

Persiste a pergunta, então, em relação ao Direito Internacional, visto que apesar de Internacional, o Direito Comunitário Europeu efetivamente passou a interiorizar-se em face dos países membros da *Comunidade Européia*, haja vista o mencionado fenômeno da supranacionalidade.

Para respondê-la, entende-se que o primeiro recurso é a análise da legislação pátria e, posteriormente, a legislação internacional, seja de outros Estados, sejam os Tratados. Isso é o que se buscará daqui em diante.

Como se sabe e se apontou, no Brasil, quem dita o Direito, consoante a Constituição Federal de 1988, é o povo. Esse Direito subjetivo é exercido por meio de representantes diretos e tal declaração foi realizada, em tese, quando da promulgação da Carta Magna. Em seu preâmbulo, pode-se, como ensina o Professor Doutor Paulo de Barros Carvalho, por meio da *enunciação-enunciada*, averiguar que o Poder de instituir o Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil emana diretamente do povo brasileiro.

Em Roma e nas Cidades-Estados Gregas, o Direito era originado por um Senado ou espécie de Assembléia (tratava-se de oligarquias), salvo pelo Império Romano, mas independentemente da forma de Governo, todos representavam os interesses daqueles que, na época, eram considerados cidadãos em cada localidade. Mesmo na época do Império, quem declarou o primeiro Imperador de Roma (Gaius Julius Caesar) e ratificou os demais foi o Império Romano, que em tese representava os cidadãos romanos, isto é, a transmissão formal-jurídica de competência sempre se manteve.

Aqui vale uma importante lição do nobre catedrático José Cretella Júnior:

“O vocábulo que traduz o nosso atual *direito* é, em latim, o vocábulo *jus*. O vocábulo *jus* pertence à mesma raiz do verbo *jubere*, ordenar, ou prender-se à mesma raiz do verbo *jurare*, jurar. *Jus* é o *ordenado*, o *sagrado*, o *consagrado*.

Justo é o que está em harmonia com o *Jus*. E *Justitia* é a *vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu*.

Direito é a arte do meu e do teu. O contrário de *justus* é *injustus*. Tudo o que *nin jure fit* é injúria.

Jus ou direito é o complexo de normas obrigatórias de conduta impostas pelo Estado para assegurar a convivência dos agrupamentos humanos.

O homem que vive em sociedade (*ubi societas*) está preso por uma série de *relações*. As relações podem ser de *amizade*, de *comércio*, de *moral*, de *direito* (*ibi jus*).

*Ubi societas, ubi jus.*⁵²

Efetivamente, e ao longo dos tempos, o Direito nada mais fez do que exercer controle sobre a vida em sociedade. E isso, como já fora comentado, ocorreu de diversas formas, que sempre se definiram por serem Direito. Nos Estados Unidos, por exemplo, quando ainda colônia da Grã-Bretanha, havia governo e lei ingleses, com competência jurídica originária da Coroa Britânica e certa autonomia vinculada à então colônia.

No decorrer da história, após a Guerra dos Sete Anos e todos os seus desdobramentos, para conter toda e qualquer manifestação dos colonos estadunidenses, a Coroa Britânica instituiu os *Atos de Intolerância*⁵³. Estes geraram uma imediata repercussão nas Colônias que criaram, por meio de movimentos político-sociais, o Primeiro Congresso Continental (em 1774), representando o povo norte-americano.

Este Primeiro Congresso Continental criou um conjunto de regras para as Treze Colônias (*Contrato de Associação* em tradução livre, que serviu para coordenar os trabalhos entre as colônias), que resultou no Segundo Congresso Continental das ainda Treze Colônias da Grã-Bretanha, que, por sua vez, em 4 de Julho de 1776, declarou a independência dos Estados Unidos da América.

A *Declaração Unânime de Independência dos Treze Estados Unidos da América* autoproclama a instituição de uma nação independente e livre, garantindo e trazendo à tona, pela primeira vez, o direito do povo estadunidense, e, assim, as Treze Colônias passam, agora, a Estados, e recebem uma primeira constituição, denominada ‘Articles of Confederation’⁵⁴. Assim interrompeu-se um Direito e se criou outro. Assim nasce o Direito e assim ele morre: por meio de um pacto social; religioso; de imposição; de aceitação, ou outro que coadune com esse raciocínio.

A Grã-Bretanha não reconheceu o país então recém-proclamado, ao contrário da França, que logo o fez. Outros países também deram importância aos Estados Unidos como uma nação.

⁵² CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

⁵³ Represália da Grã-Bretanha a protestos e atos do povo do ainda não estabelecido Estados Unidos da América contra justamente a política externa daquele país.

⁵⁴ É considerada a primeira Constituição dos Estados Unidos visto que declara a união indissolúvel da Confederação destes, aborda direitos individuais, relações externas da recém-criada Confederação, relação entre os Estados-membros da Confederação etc.

Enfim, este era justamente o ponto que se buscava para garantir a perfeita compreensão da idéia de Direito Internacional: para os países que reconheceram os Estados Unidos como nação, este passou a ser um sujeito internacional, pois passou a ser reconhecido como Estados, bem como seus cidadãos e outros. Para a Grã-Bretanha, os Estados Unidos eram meramente uma colônia em polvorosa, em revolução, e que deveria ser contida.

De forma mais clara que o Direito Interno, o Direito Internacional nasce por meio de um pacto internacional de diversas nações, as quais exercem sua soberania e liberdade representadas por pessoas físicas denominadas pluripotenciárias. O reconhecimento de uma nação, igualmente à ratificação de Tratados, cria o Direito Internacional, que, como o Direito Interno, na concisa explanação adotada neste trabalho, impõe regras, não necessariamente passíveis de punições, e possui castigos que nem sempre são executáveis.

Novamente, como no Direito Interno, o Direito Internacional não se restringe a nada, somente àquilo que é ou não aceito pelas partes ou às regras já convencionadas anteriormente.

Entretanto, a forma piramidal kelseniana, aplicada ao Direito alemão e também ao brasileiro, não é aplicável ao Direito Internacional. Inicialmente, porque os Tratados, embora sejam vinculados geralmente a uma Organização Internacional, com capacidade jurídica internacional, pois assim são reconhecidos por seus países-membros, não constituem Ordem Internacional única. Cada organização internacional, conforme seus países-membros – que não são necessariamente os mesmos –, é absoluta em razão dos tratados celebrados em seu âmbito e, portanto, em razão de seus próprios princípios, que podem ou não contradizer outros tratados de outras organizações.

Então, o equilíbrio do Direito Internacional e sua base de validade de competências normativas funcionam de forma multilateral, consoante os Tratados celebrados internacionalmente e que consistem no Direito Internacional de cada país, já que este é exclusivo para cada um.

Ressalve-se que, sim, vislumbram-se diversas falhas no sentido da efetividade e da eficiência do Direito Internacional. Esse é o mais complexo dos *sistemas jurídicos*, se é que assim pode ser considerado, e está em constante desenvolvimento, sem contudo haver para si teoria única de interpretação dos Tratados, por exemplo; mas tais fatores definitivamente não descaracterizam o fato de ser, sim, Direito, pois advém de fator social internacional e é distribuído e ordenado por meio da outorga de poderes, direitos e deveres, isto é, pela outorga de competências, derivadas das próprias soberanias e vontades estatais ou dos demais sujeitos de direito internacional, amplamente considerados.

2.3 Conceito de Mediação quanto Instituto Jurídico e quanto Procedimento

A mediação advém de esforços psicofísicos humanos conjuntos em solucionar ambigüidades, imprecisões ou, genericamente, dúvidas, justamente buscando a pacificação social, a manutenção das relações pessoais e comerciais e também evitando a geração de lides que afastem o foco da empresa, de um negócio ou mesmo de uma vida.

Nesse sentido, Petrônio Calmon diz que:

“a vida social normalmente é harmônica, disposta de modo ordenado, com seus sujeitos procedendo pacificamente, limitando sua própria liberdade para respeitar a liberdade dos demais. Trata-se da convivência humana, que embora tenha surgido naturalmente, tendo o homem vivido antes em um estado de anarquia, teria sido conquistada, segundo Thomas Hobbes, mediante a elaboração de um contrato social”.⁵⁵

E conclui o referido autor que: “A Teoria do Contrato Social, a partir de Hobbes, explica como os homens logram um acordo unânime para desarmarem-se mutuamente”⁵⁶, em que cada qual renúncia parte de suas atividades defensivas e ofensivas. Ainda:

“O fato histórico, que reforça o suposto teórico, é que sem acordo de vontades a convivência é impossível. E sobre esse fato cada um dos filósofos constrói uma solução ou enuncia um problema, mas a inquietude unânime refere-se ao dilema posto a princípio: como chegar à convivência.”⁵⁷ (Grifos nossos.)

Com efeito, pode-se concluir que o homem tende, no uso de suas regulares atribuições mentais, a buscar o convívio social pacífico. Rosa Maria Vieira⁵⁸ Ainda, que a mediação auxilia nesta busca, justamente no sentido de solucionar dúvidas, impasses e ambigüidades.

⁵⁵ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 19.

⁵⁶ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*.

⁵⁷ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, p. 20.

⁵⁸ *O Juiz de Paz, do Império a nossos dias*.

Assim, Jean-François Six define mediação da seguinte forma:

“a *VONTADE*, no sentido de ‘abrir caminhos, de construir pontes, de estabelecer ligações onde elas não existem, permitindo também, que um ser encontre o caminho de si próprio’; *PREVENÇÃO*, quanto ‘a capacidade de antecipar, de discernir aonde estão os impasses; e *MEDICAÇÃO*, como ‘forma de ajuda àqueles que se encontram juntos em mau passo’”⁵⁹.

Traz também o que aponta ser o “Código da Mediação”, em suas ‘Condições Gerais de Intervenção: Princípios Diretivos’, que

“Artigo 1º – A mediação é um procedimento facultativo que requer o acordo livre e expresso das pessoas envolvidas, de se engajarem em uma ação (a *mediação*) com a ajuda de um terceiro independente e neutro (o *mediador*), especialmente formado nesta arte.

A mediação não pode ser imposta. Ela é aceita, decidida e realizada pelo conjunto dos protagonistas.

Aceitar a mediação é, para cada uma das partes, aceitar engajar-se de boa-fé na procura do que possa lhe permitir, com ajuda do mediador, estabelecer-se em nova relação.

Nem o CNM nem o mediador têm o poder ou a autoridade de obrigar as partes a criar ligações ou a aceitar qualquer acordo. Se um acordo é realizado, ele representa vontade daqueles junto aos quais o mediador *concebeu a criação possível de uma ligação e a realiza.*” (Grifos nossos.)⁶⁰

Entrementes, na definição de mediação do referido autor, percebe-se justamente a forte presença do aspecto psicológico que foi denegado expressamente na Introdução deste estudo, pois, de fato, constitui uma sessão de psicanálise. Outrossim, convém a ressalva de que o aspecto pacificador da mediação é o mesmo de toda a doutrina neste trabalho adotada.

⁵⁹ SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 283.

⁶⁰ SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*, p. 287.

Entretanto, é imprescindível uma análise mais profunda da definição apontada para se estabelecer segurança e certeza quanto à adoção da fundamentação sugerida neste estudo, em especial quanto ao significado de mediação. Dessa feita, a definição de mediação como "vontade", "prevenção" e "medicação", anteriormente descrita é falha, pois apesar de a "vontade" efetivamente constituir a essência da mediação, assim como na realidade caracteriza a essência de todos os atos privados, os itens "prevenção" e "medicação" não são seus *definidores*. São resultados, objetivos, finalidades dela, isso, claro, com um pouco de boa vontade interpretativa.

Juridicamente, a mediação como "medicação" só poderia ser entendida no sentido de "prevenção", como é feito quando da análise processual do *writ*, por exemplo. Entrementes, esse mesmo autor ainda aponta duas espécies de mediação: a institucional-pública e a mediação-privada-particular.

Já os autores⁶¹ José Osmir Fiorelli, Marco Júlio Olive Malhadas Júnior e Daniel Lopes de Moraes, que igualmente entendem a mediação como solucionadora de conflitos sociais, e, nesse sentido, trabalham hipóteses de conflito e solução, nas quais definem a mediação como uma negociação *assistida* de conflitos, isto é, com auxílio de terceiro, qualificando-a como o melhor método para abordagem destes. Aponta, outrossim, que "o principal objetivo da mediação é a satisfação das partes"⁶².

Novamente, a crítica quanto à definição de mediação apresentada pela doutrina resiste, em que pese o fato de que houve boa técnica destes autores em sua realização, no sentido de entenderem a mediação como uma "negociação assistida". Mas existem erros quanto à prova do argumento (discurso), no sentido objetivado pelo douto professor Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁶³, pois, como poderia a mediação ser qualificada como uma "negociação assistida" simplesmente, se a "negociação" em si é aberta e tem tendência à construção de novas relações jurídicas; e a mediação, como instrumento de solução de controvérsias, existe justamente para solucionar dúvidas de relações jurídicas já existentes? Isto é, a definição apresentada resistiria à alegação de que toda "negociação assistida" é uma "mediação"? Se assim o for, então a mediação não é aplicada para a solução de controvérsias, ou, ainda, ela possuiria aplicação deveras ampla e, quando de seu uso como solução de controvérsia, dever-

⁶¹ FIORELLI, José Osmir; MALHADAS JR., Marcos Júlio Olive; MORAES, Daniel Lopes de. *Psicologia na mediação*. São Paulo: LTR, 2004.

⁶² FIORELLI, José Osmir; MALHADAS JR., Marcos Júlio Olive; MORAES, Daniel Lopes de. *Psicologia na mediação*.

⁶³ *Teoria da norma*, capítulos 2 e 3.

se-ia especificar que se trata da mediação como meio de solução de controvérsia, o que é até bastante razoável.

Dessa maneira, não haveria utilidade na definição genérica e, igualmente, não poderia essa definição ser considerada válida em um estudo relativo e específico à mediação como método resolutivo de controvérsia. Ainda, mister lembrar que, se a hipótese for de sinonímia, então, nem sequer há definição, apenas apontamento de sinônimo. O fato é que não se concorda com essa definição.

Em breve e importante digressão, necessário se faz verificar o apontamento de Petrônio Calmon Filho relativo ao conceito de autocomposição, que efetivamente constitui as bases do conceito de mediação que se trará:

“acordo de vontades pressupondo pacificidade e liberdade, nada mais é que a ‘prevenção ou solução do litígio por decisão consensual das próprias pessoas envolvidas no conflito’⁶⁴.

Candido Dinamarco, da mesma forma que Petrônio Filho, divide a autocomposição em unilateral e bilateral:

“Unilateral é aquela que a atitude altruísta é proveniente de apenas um dos envolvidos”, expressa pela renúncia e pela submissão, esta última ocorre quando o atacado abre mão de sua resistência e a primeira ocorre quando o atacante abre mão de sua pretensão, já “a bilateral é aquela que o altruísmo caracteriza ambas as partes”⁶⁵

se expressando na transação sendo ela um “acordo caracterizado por concessões recíprocas”, ou seja, todos envolvidos abrem mão em parte de seu direito mediante concessões mútuas.

“A autocomposição tem por princípios a indivisibilidade e a interpretação restritiva. Seu principal efeito é desfazer o litígio. Se judicial, dá causa ao fim do processo, se preventiva evita-o”⁶⁶

⁶⁴ CALMON FILHO, Petrônio. *Mecanismos para a obtenção da autocomposição civil e penal*. (Tese de Doutorado). 2005. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 70 e 141.

⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: RT, 2002. p. 71

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 72.

Ainda, citando Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, o pesquisador Petrônio Calmon⁶⁷ diz que a *tutela estatal põe fim ao conflito* judicial, portanto a *autotutela* colocaria fim à dúvida privada pelas próprias partes, o que seria uma possibilidade de definição ou entendimento da *autocomposição*.

Com efeito, passa-se às críticas: a tutela judicial não necessariamente significa que a lide seja resolvida. Significa, na realidade, que o Estado está incumbido de julgar o referido caso. A autotutela, no mesmo sentido, não quer dizer que se atingiu a autocomposição. Ao mesmo tempo pode-se mencionar que a autocomposição igualmente não significa necessariamente a reconciliação das partes, mas um método pelo qual estas visam a um futuro entendimento. Então, novamente, seria caso de sinonímia, e não de definição.

Já a definição "prevenção ou solução do litígio por decisão consensual das próprias pessoas envolvidas no conflito"⁶⁸, que poderia ser resumida por *auto-resolução de conflito*, não efetivamente se adapta à definição de mediação, pois nela falta justamente o mediador. Outrossim, frise-se que não fora definida a mediação, mas autocomposição.

Ainda, quando cita Candido Dinamarco, Petrônio traz importantes conceitos sobre mediação no sentido de qualificar os resultados da autocomposição – questão que será abordada mais adiante.

Já para Strasser e Randolph mediação teria o conceito de “introducing a ‘third party neutral’ to intercede in hostile and antagonistic bilateral relationships”⁶⁹. Essa definição peca tecnicamente em diversos aspectos. Primeiro porque resume a mediação a duas partes. Segundo porque coloca a questão do conflito, que os autores debateram brilhantemente em seu livro, como algo *muito maior do que deveria ser*.

A mediação justamente existe para evitar a lide ou até mesmo para restringi-la. Como então apontar a mediação para resolver uma disputa *hostil e antagônica*? Pior, como esses autores podem desejar que essa *mediação de questão hostil e antagônica* seja, como frisam em diversos momentos, em especial quando estudam psicologicamente os casos apontados no final de sua narração, absolutamente voluntária?

Claro que há possibilidade de concretização de tal idealismo, embora esta seja restrita. Por fim, entendem que a mediação é relativa à *relação das partes*, e não a um problema objetivo e concreto! E isso é um total absurdo, especialmente quando se verifica a intenção generalista e universalista que pretendem esses autores. Fica mais que evidente que a

⁶⁷ CALMON FILHO, Petrônio. *Mecanismos para a obtenção da autocomposição civil e penal*.

⁶⁸ CALMON FILHO, Petrônio. *Mecanismos para a obtenção da autocomposição civil e penal*.

⁶⁹ STRASSER, Freddie; RANDOLPH, Paul. *Mediation*, p. 35.

mediação trazida por eles é a mediação do divã, sendo igualmente evidente, como já apontado, que a mediação empresarial não se sujeita a essas análises freudianas.

E os autores ora em análise ainda citam uma “triste e desabonada” passagem, a qual ainda fazem questão de expressamente apresentar como atual e válida:

“Mediation is to lawyers like sex is to teenagers: everyone seems to be talking about it; everyone seems to agree it’s a good thing; but very few seem to have had any real experience of it.”⁷⁰

A professora Lília Maia de Moraes Sales explica que *mediação precede do latim mediare, que significa mediar, dividir ao meio ou intervir*. E a define como:

“um procedimento em que e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa, evitando antagonismos, porém sem prescrever a solução. As partes são as responsáveis pela decisão que atribuirá fim ao conflito.”⁷¹

Marcelo Gobbi ressalta que a mediação “*se trata de um mecanismo connatural a los seres humanos, que muchas veces recurrimos a um tercero para que nos ayude a resolver um problema*”⁷².

Ainda, Maria de Nazareth Serpa aponta:

“... a mediação apresenta-se muito mais como um procedimento do que como uma estrutura. O direito é uma estrutura, a lei é uma estrutura. O objeto da mediação é conduzir a disputa à criação de uma estrutura própria mediante a construção de normas relevantes para as partes, e não apenas adequar a disputa em uma estrutura legal preestabelecida”.⁷³

⁷⁰ Ian Walker of Russel Jones & Walker, at the CEDR Civil Justice Audit, April 2000.

⁷¹ SALES, Lília Mais de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 23.

⁷² Marcelo Gobbi apud SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 24.

⁷³ SERPA, Maria de Nazareth apud SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de Conflitos*, p. 24.

Strasser e Randolph ainda tecem diferenciações em relação a dois tipos de mediação: "Facilitative versus evaluative mediation". Petrônio Calmon diz que *mediare* é "estar no meio"⁷⁴, diferentemente do que Lília Maia apontou; e esse autor de *Fundamentos da Mediação e da Conciliação* se diferencia dos demais, pois claramente aponta o mediador⁷⁵ como "um modelador de idéias", podendo inclusive interrogar as partes, criar opções, objetivando que estas cheguem a uma conclusão.

Novamente apontam-se diversas inconsistências nos referidos conceitos. Erro recorrente e ora repetido é considerar a mediação um procedimento, quando de sua análise *estática* – conceito esse que será melhor abordado a seguir. Maria de Nazaré ainda acerta quando coloca em sua visão de mediação, o objeto desta como a condução das partes ao acordo. Logo, não conceituou, como entendeu fazer, *mediação*, mas o *procedimento de mediar*⁷⁶.

Fato é que toda a doutrina entende mediação como um processo ou um procedimento no qual duas ou mais partes em conflito, por intermédio de terceiro que poderia (*evaluative*) ou não (*facilitative*) interferir na "relação" ou na lide em questão, objetivando um acordo⁷⁷. É necessário esclarecer alguns pontos antes de relatar o conceito final de mediação.

Primeiro, o *processo* de mediação, embora na prática seja um *procedimento* dinâmico, como um *processo judicial*, não se deve e tampouco se pode confundir sua dinâmica com o instituto da mediação, quanto objeto de estudo, que, como Kelsen dizia, deve ser estudado em sua forma *estática*.⁷⁸ Assim, todo processo ou procedimento cultural é objeto de estudo metalingüístico, inclusive a própria metalingüagem, já apontava o Professor Paulo de Barros Carvalho em suas lições.

Segundo ponto: na mediação, da mesma forma que na negociação, devem ser discutidos os critérios objetivos e afastados os critérios emocionais. O foco é a discussão do problema, de forma amigável e eficiente. A relação das pessoas envolvidas deve ser sempre

⁷⁴ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, p. 122.

⁷⁵ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, p. 121.

⁷⁶ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 145.

⁷⁷ O único autor identificado que assim não entende é Joel Dias Figueira Júnior – este autor peca ao denominar-se às partes em mediação como litigantes, ao menos em seu *Arbitragem, Jurisdição e Execução*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 131, *in verbis*: "Naquela o mediador tenta aproximar os litigantes promovendo o diálogo entre eles a fim de que as próprias partes encontrem a solução e ponham termo ao litígio. Funda-se a técnica nos limites estritos da aproximação dos contendores. Diversamente, na conciliação, o terceiro imparcial chamado a mediar o conflito, o conciliador, não só aproxima as partes como ainda realiza atividades de controle das negociações, aparando as arestas porventura existentes, formulando propostas, apontando as vantagens ou desvantagens, buscando sempre facilitar e alcançar a autocomposição." E menciona, ainda, em nota de rodapé de número 65 que sua citação se dá em conformidade com Alexandre Freitas Câmara. (p. 129-130).

⁷⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*.

afastada. Independentemente da confiança entre as partes, tendo em vista os interesses de cada uma delas, por meio da discussão criteriosa da dúvida existente, buscar-se-ão soluções múltiplas que possibilitem o contingenciamento de prejuízos de ambas as partes ou seus ganhos múltiplos⁷⁹, com o intuito de se evitar a instauração de uma lide.

Na primeira edição da obra *Prática de Processo Civil*⁸⁰, consoante apontamentos pesquisados na nona edição⁸¹, o professor Francisco Raitani, já entendia que antes de iniciada uma audiência, os pontos controvertidos deveriam ser e estar compreendidos, isto é, deveria ocorrer a *fixação dos pontos de divergência*.

Terceiro, que existem outros termos importantes e necessários que devem ser analisados em conjunto para que não se confundam, por meio do discurso pragmático e da semiótica, dentre eles:

- Negociação: “back-and-forth communication designed to reach an agreement⁸²” ou o conceito jurídico que se entende neste estudo como *propostas*⁸³ *constituintes de negócio jurídico*.
- Autocomposição: como resultado, é a *obtenção de solução de controvérsia exclusivamente pelas partes envolvidas*; e, como técnica, é a conciliação (necessariamente) sem terceiros.
- Conciliação: afastados os significados não alheios ao Direito Empresarial, é, como resultado de uma disputa entre partes, a *manutenção de relação jurídica*; como técnica, *situação comunicativa com foco na resolução de controvérsia de relação jurídica* e, como instituto, *o discurso reflexivo do dubium*^{84 85}.

⁷⁹ Sucinto e inexpressivo resumo do livro de FISHER, Roger; URY, William. *Getting to Yes: negotiating agreement without giving in*. 2nd ed. United States of America: Penguin Books, 1991, adaptado ao presente estudo.

⁸⁰ RAITANI, Francisco. *Prática de processo civil*. São Paulo: Saraiva, [19--].

⁸¹ RAITANI, Francisco. *Prática de processo civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1971.

⁸² FISCHER, Roger; URY, Willian; PATTON, Bruce (Ed.). *Getting to Yes*, p. xvii.

⁸³ Não existe no ordenamento jurídico brasileiro a figura da contraproposta, portanto a proposta anterior seria afastada e se passaria à nova proposta (artigo 431 do CC), invertendo-se as possibilidades de aceite entre primeiro proponente e os demais proponentes. É este o posicionamento adotado por este estudo quando da análise do comércio internacional.

⁸⁴ “Conjunto de possibilidades estruturadas em alternativas, de alta reflexividade.” FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*, p. 21. Claro que os entendimentos e as análises da Teoria da Norma Jurídica ora realizados estão condicionados ao fato de que a linguagem entre emissor-receptor-emissor não é imperativa quando esta se dá por entes privados, embora as propostas sejam, *a priori*, juridicamente vinculadoras. Ademais, mantém-se tudo o que fora apontado em relação ao *onus probandi*.

⁸⁵ A conciliação, ao contrário da mediação, não possui interferência de terceiro, sendo realizada pelas partes envolvidas em dada relação jurídica, cujo regular trâmite, por qualquer razão, está prejudicado (existe uma dúvida). Diferencia-se da negociação por ser aplicada na resolução de controvérsia. A relação jurídica é

- Reconciliação: afastados os significados não alheios ao Direito Empresarial, é a *retomada de relação jurídica*.

Quarto ponto: a negociação e, por conseguinte, a mediação são institutos jurídicos, pois como se verá no capítulo referente à Natureza Jurídica da Mediação, ambos são discursos⁸⁶ (*parole*, como situação comunicativa, no sentido de haver ação psicofísica humana locucionária, ato de falar (e emitir proposta e nova proposta – emissor-receptor-emissor), lógico e derivado da primeira mensagem⁸⁷, a qual se constitui por “declarações de vontade”, cuja previsão está expressa no ordenamento jurídico brasileiro (artigos 107 c/c 427, ambos do Código Civil) e possui plena validade se respeitadas as hipóteses legais⁸⁸ (incisos do artigo 104, do mesmo *Codex*, entre diversas outras), constituindo assim em múltipla formulação de propostas que visam a um determinado fim, objetivos específicos.

Dados todos os pontos anteriormente enumerados, cabe apresentar o conceito de mediação e suas razões. Mediação, enquanto instituto, é *o discurso reflexivo assistido do dubium*, enquanto técnica, *situação comunicativa coordenada por terceiro, com foco na resolução de controvérsia de relação jurídica*.

O discurso reflexivo pressupõe a fala humana como ato amplamente discricionário e criativamente ilimitado, justamente no sentido de obter a vitória no *jogo da argumentação*. A assistência será justamente a posição do mediador, que deverá, sim, funcionar como um catalisador, incentivando, orientando e influenciando as partes com base em dados e estudos técnicos, questionando-as para obter mais informações, mas sem inquiri-las, pois não se trata de inquérito, enfim, busca-se solucionar a dúvida da melhor forma possível, evitando expressamente quaisquer influências emocionais.

Ainda, o *dubium* é justamente a infinita possibilidade de questionamentos lógicos, portanto objeto da mediação. Apesar disso, o *dubium* deve fazer parte da definição desta, pois se ela fosse exclusivamente um *discurso reflexivo assistido*, poder-se-ia, com critério, entender, pela mediação constitutiva de novos negócios, ser modalidade de representação comercial.

pressuposta no enunciado definidor do termo, pois o *dubium* pressupõe a existência de discurso, que, por conseguinte, pressupõe partes, que, por sua vez, pressupõe relação jurídica.

⁸⁶ Discurso como “jogos, jogos estratégicos, de ação e reação, de pergunta e resposta, de dominação e de esquiva, como também de luta”. FOUCAULT, Michel. *As verdades e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim de Moraes. Rio de Janeiro: PUC, [1996?]. Caderno 16, p. 6; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*, p. 8.

⁸⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*, p. 93-117.

⁸⁸ *Topoi*– fórmulas orientadoras da argumentação. Juridicamente: princípios jurídicos que devem cercar o diálogo jurídico.

Não se menciona qualquer fator relativo à mediação entre entes privados ou públicos, econômicos ou não, pois esses fatores são desnecessários, uma vez que a definição dada se aplica fielmente a todos.

Com efeito, a mediação é um instituto jurídico cujos atos privados e públicos são vinculados, subsumidos pelo ordenamento jurídico pátrio. Internacionalmente, em especial quando da relação jurídica econômica internacional entre pessoas jurídicas privadas, desvinculadas de qualquer ordenamento jurídico nacional, a definição tem igual validade, porém seus atos deixam de ser juntos juridicamente, salvo se houver forte costume internacional nesse sentido ou vinculação contratual. Esse aspecto não deslegitima ou descaracteriza a definição apresentada, visto que os atos discursivos serão sempre idênticos quando se tratar de mediação nas relações econômicas internacionais – só deixando de sê-los se forem aplicadas as hipóteses multidisciplinares daqui afastadas.

2.4. Mediação e Conciliação: Acepções e Justificativas

Para diversos autores, como Maurizio Di Rocco e Ângelo Santi⁸⁹; De Palo e Guidi Risoluzione⁹⁰, , Mackie e Marsh, Commercial Dispute Resolution – ADR, Pratices Guide, fl. 10⁹¹, conciliação e mediação são sinônimos.

Entrementes, como verificado, assim não se entende.

Ademais, verificar-se-á o posicionamento do professor Petrônio Calmon, discutindo-o, considerando os pontos por ele abordados, dos quais igualmente se discordou no presente trabalho. Ainda é importante a verificação das acepções, etimologia e mesmo da sinonímia dos vocábulos (signos) enquanto objetos da semântica e da semiótica. Essa discussão garantirá a justificativa necessária dos conceitos anteriormente apresentados.

Ab initio, verifique-se o posicionamento da doutrina italiana e da estadunidense, segundo Petrônio Calmon⁹²:

“Esclarece-se, a priori, que na Itália os autores, preocupados com a necessidade de uniformização, estão colaborando com a convergência em torno de uma terminologia própria, traduzindo a palavra inglesa

⁸⁹ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, p. 23.

⁹⁰ Alternativa Delle Controversie. ADR nelle Corti Federali Degli Stati Uniti. p. 47.

⁹¹ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*.

⁹² CALMON FILHO, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, p. 110.

mediation para *conciliazone*, reservando o termo *mediazone* para a gestão dos conflitos em matéria familiar, social, escolástica e penal. Isso porque querem distinguir de forma muito clara a atividade praticada pelo Estado em face da existência ou da iminência de um processo (*conciliazone*), da atividade meramente espontânea de pacificação social, praticada em face da existência de conflitos latentes ou iminentes, mas sem que ainda se tenha cogitado do processo judicial.”

A doutrina italiana definitivamente possui um significado prático e outro técnico, no sentido de distinguir os institutos de solução de controvérsias extrajudicial e judicial. Outrossim, tal qualificação é falha no sentido epistemológico. Ela não abrangeria precisamente a diferenciação semântica e técnica empregada em cada instituto, que são claramente divergentes.

Semanticamente, na conciliação, o diálogo das partes não sofre interferência do conciliador, que, existindo, é meramente uma figura apaziguadora, justamente no sentido de promover o acordo entre as partes, incentivando-as a tentar se entender, pois o trabalho do conciliador, entre partes habilitadas ao diálogo e às relações econômicas internacionais, é absolutamente dispensável. Tanto é que este é o posicionamento que se adota neste estudo, vide a definição apresentada de conciliação. É o instituto utilizado na Justiça brasileira inegavelmente possui o sujeito do conciliador, portanto não seria o caso de afastá-lo, outrossim este não interfere em nada na relação das partes, exatamente conforme proposto neste parágrafo.

Para Ricardo Guibourg, Alejandro Ghigliani e Ricardo Guarinoni,: “La agrupación de los objetos en clases – llamada *clasificación* – es un acto intelectual que la mayoría de los casos cumplimos inadvertidamente, pues, como ya vimos, nos es inculcado junto con el lenguaje.”⁹³

Retomando o entendimento de Petrônio Calmon⁹⁴, quando este continuava seu raciocínio relativo ao conceito de mediação e conciliação:

⁹³ GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. Introducción AL Conocimiento Científico. Buenos Aires: Eudeba, 1985. p. 39.

⁹⁴ CALMON FILHO, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, p. 110-111.

“Esse poderia ser o raciocínio da doutrina brasileira, já que se está diante do mesmo fenômeno, em que há muito tempo se pratica a atividade judicial ou parajudicial da conciliação, pretendendo-se implantar outro método de aproximação de litigantes, próprio do mecanismo que se conhece nos Estados Unidos como *mediation*. Verificando-se que o sistema norte-americano é eminentemente paraprocessual e parajudicial, a proposta brasileira a ele em muito se assemelha. Mantendo-se a nomenclatura norte-americana, então, está sendo proposta no Brasil a mediação paraprocessual, objeto de estudo deste trabalho.

Dessa observação, chega-se a estabelecer ao menos três critérios essenciais: finalidade, método e vínculos.

Quanto à *finalidade*, observa-se que a *mediação* visa a resolver com abrangência o conflito entre os envolvidos, ou na linguagem de Carnelutti, *visa a por fim a lide sociológica*. Por seu turno, a *conciliação* possui escopo menos ambicioso, contentando-se em *resolver o litígio conforme seus pontos elementares*, ou seja, as posições apresentadas pelos envolvidos [...]

Quanto ao método, [...] pode-se afirmar que o conciliador assume posição mais participativa, podendo chegar a apresentar uma fórmula de autocomposição [...] Já o mediador jamais interfere nos termos do acordo [...] (cita o seguinte em nota de rodapé: Cf. as mesmas obras citadas acima na nota anterior, em especial Ana Uzqueda e Paolo Frediani, p 5e 8) [...] (nova citação: Gladys Álvares, la mediación y al acceso a justicia, p 158, aponta que o conciliador “ avalia a disputa e chega a suas próprias conclusões acerca da solução justa que quanto que a função do mediador é facilitar a resolução do conflito pelas próprias partes e não sugerir soluções.).

Por último, o critério dos vínculos [...] distinguem-se mediação e conciliação, portanto esta é uma atividade inerente ao Poder Judiciário, sendo realizada pelo próprio juiz togado, por juiz leigo ou por alguém que exerce a função específica de conciliador. É uma atividade judicial ou parajudicial ; processual ou paraprocessual . Por outro lado, a mediação é atividade privada, livre de qualquer vínculo, não fazendo parte da estrutura de qualquer dos poderes públicos. A própria mediação paraprocessual [...] mantém a característica privada própria da mediação, estabelecendo apenas que o mediador tem que se registrar no tribunal para o fim de ser indicado para mediar os

conflitos levados à justiça (cita o seguinte: ‘Assim se manifestam, além dos autores mencionados nas últimas notas, ROBERTO BIANCHI, *Mediação prejudicial y conciliación*, p. 63’).

A proposta do douto jurista, então, seria que o Brasil adotasse a sistemática técnica que informa pertencer aos Estados Unidos da América. Assim, propõe que sejam adequados aos termos mediação e conciliação critérios objetivos de *finalidade, método e vínculos* que seriam essenciais a cada instituto.

Todo cientista pode qualificar e reger palavras como bem lhe aprouver. Entende-se que, ajustada dada “convenção”, esta passa a vigorar entre todos que a ela ficarem sujeitos, independentemente de outras considerações, como os aspectos históricos, sociais, jurídicos e outros, como o projeto de lei, consoante anteriormente apontado, que pode ser discutido enquanto objeto da sociologia, da história do direito, de eventuais valorações individuais ou de valorações ditas coletivas, de dogmas ou do que for, antes de se tornar, de fato, lei.

Essa é a proposta ora abordada. Assim, as acepções de “conciliação”, para o dicionário Houaiss⁹⁵ são as seguintes:

“ (i) ato ou efeito de *apaziguar-se com; pacificação, acomodação, reconciliação*; (ii) *ato ou efeito de pôr (ou porem-se) de acordo litigantes, ou de harmonizar (ou harmonizarem-se) pessoas desavindas ou discordantes*; (iii) *ajuste entre demandantes para pôr fim à sua demanda legal*; ou ainda, (iv) *ato ou efeito de combinar, ajustar ou harmonizar coisas que parecem contrárias ou contraditórias, ou textos e doutrinas que se afigurem como incompatíveis (Grifos nossos.)*”⁹⁶

Etimologicamente, conciliação, segundo o mesmo dicionário, seria “*ASSOCIAÇÃO, UNIÃO, benevolência, ação de procurar, conciliação*” (Grifos nossos.) Como sinônimo de conciliação o referido dicionário aponta o signo “pacto”.⁹⁷

Já *conciliador* teria as seguintes acepções:

⁹⁵ Os demais dicionários, quais sejam, Michaelis e Aurélio, possuem significados semelhantes aos apresentados, portanto o presente estudo opta por dispensar mais transcrições. Ainda, acepções, sinônimos e etimologias apenas foram dispensados de transcrição quando não apresentavam divergência ou adição qualquer ao significado do termo analisado.

⁹⁶ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Eletrônico*.

⁹⁷ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Eletrônico*.

“(i) aquele que ou o que *pacífica, apazigua, acomoda*; (ii) que ou o que propende a conciliar; (iii) que ou o que *ajusta, pactua, combina; pactuante, conchavador*; ou, ainda, (iv) que ou o que *combina ou harmoniza* coisas que parecem contraditórias ou contrárias, ou textos e doutrinas aparentemente não compatíveis. Etimologicamente: ‘aquele que *procura, dirige, dispõe*’ (Grifos nossos.)⁹⁸”

Mediação, por conseguinte, possui por acepções:

(i) ato de servir de *intermediário* entre pessoas, grupos, partidos, facções, países etc, a fim de *DIRIMIR divergências ou disputas*; (ii) procedimento organizado de *conciliação* internacional (SIC); (iii) *PROCESSO CRIATIVO* mediante o qual se passa de um termo inicial a um termo final; (iv) seqüência de elos intermediários (estímulos e respostas) numa cadeia de ações, entre o estímulo inicial e a resposta verbal do final do circuito; (v) *INTERCESSÃO* junto a um santo, a uma divindade etc para obter proteção; ou, ainda, (vi) procedimento que visa à *composição* de um litígio, de forma não autoritária, *pela INTERPOSIÇÃO de um intermediário entre as partes em conflito* (Grifos nossos.)⁹⁹

Etimologicamente, mediação é “a *intercessão, interposição, INTERVENÇÃO, mediação*” (Grifos nossos.)

No mesmo diapasão, mediador é aquele

“(i) que serve de *intermediário*, de elo; (ii) que *se incumbe de ENCONTRAR SOLUÇÕES* para desacordos entre cidadãos e o Estado, quando todos os demais recursos fracassaram’; (iii) que atua como árbitro (sic) entre pessoas, grupos, partidos, facções ou países que estão em contenda ou têm pontos de vista divergentes acerca de determinada questão, com a *finalidade de COMPOR uma*

⁹⁸ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Eletrônico*.

⁹⁹ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Eletrônico*.

composição amigável das partes; ou, ainda, o (iv) indivíduo que medeia, *intermedeia*, arbitra”¹⁰⁰ – (Grifos nossos.)

Percebe-se da leitura do dicionário Houaiss que este igualmente não possui caráter técnico suficiente para a devida identificação de cada instituto, pois parece que o trabalho investigativo ainda não fora proposto. Isso é facilmente comprovado quando da análise da segunda acepção de mediação, que é apontada como ”procedimento organizado *de conciliação* internacional”. Caso o dicionário tenha desejado apontar a conciliação internacional como efeito da mediação, deveria ter utilizado a preposição *para*, e não a preposição *de*, que gera entendimento de que o procedimento organizado, acepção de mediação, é uma conciliação internacional, e não que a mediação, que é um procedimento organizado, tem por objetivo, por finalidade, por substância, a conciliação entre as nações.

Com efeito, é possível abstrair-se que, salvo pela etimologia *dirigir* empregada a *conciliador*, todos os demais significados semânticos do referido signo lingüístico dizem respeito a atos praticados entre partes ou à harmonização de partes, por uma razão ou por outra, conflitantes. Assim, vê-se o constante uso de termos como pacto, associação, acordo.

Já o signo “mediação” e o signo “mediador” possuem acepções como “intermediação”, “intercessão” e “intervenção”. Além dessas, os signos *composição*, *processo criativo* e *dirimir* utilizados nas acepções transcritas, traduzem a idéia de um terceiro envolvido, que por intervenção ou intermediação das partes, dirimiria (ele), por meio de um processo criativo, a necessária composição para apaziguar as partes. Justamente neste pé está a segunda acepção do termo mediador, *in verbis* “*se incumbe de Encontrar soluções para [...]*”¹⁰¹.

Vale, ainda, analisar o significado religioso do termo mediação, qual seja, “*INTERCESSÃO junto a um santo [...]*”. Se o mediador intercederá pelo *fiel* junto a um santo, então essa intercessão, que pode ser realizada em nome do fiel se dará consoante entendimento do mediador, no sentido de que a mensagem emitida pelo fiel ao mediador terá de ser por este entendida, assimilada e retransmitida.

¹⁰⁰ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Eletrônico*.

¹⁰¹ Nesta acepção a frase se dirige ao Estado e ao cidadão, mas poderia, claramente, ser apontada em outras diversas hipóteses.

Assim, a voz do fiel, suporte analógico da mensagem emitida em forma de proposição¹⁰² ao mediador, o qual, se conhecedor do mesmo código lingüístico, a ouvirá e a entenderá, *valorando tal mensagem, mesmo que minimamente*, para, em tese, transportá-la e entregá-la a um dado Santo. O aspecto do cometimento é bastante significativo neste caso, conquanto se com ele não concordar o mediador, o fiel poderá ficar sem sua interseção,. isto é, o mediador poderia, segundo seu entendimento relativo ao Santo, modificar parcialmente a mensagem para sua melhor compreensão e aceitação.

A hipótese da mediação deste trabalho não deve ser valorativa e, igualmente, no que tange ao cometimento (conteúdo da mensagem), este se dará por razões técnicas e objetivas – e não dogmáticas ou pessoais. Ainda, a mediação ocorrerá tanto pela transmissão dessas mensagens, pelo mediador, às partes – de uma forma que essas entendam melhor, quanto pela proposta de novas possibilidades de acordo, justamente objetivando a pragmática do discurso proposta por Tércio Sampaio. Com efeito, mantém-se a conceituação exposta.

¹⁰² VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 3. ed. São Paulo: Editora Noeses, jun. 2005. p. 285 em diante.

EXAME DA NATUREZA JURÍDICA CONTRATUAL DA MEDIAÇÃO

Considerando as justificativas do Capítulo 1, em especial relativas à autonomia privada, o Direito Contratual, subespécie da divisão acadêmica do Direito, denominada Direito Comercial, por ser Direito, deve ser interpretado conforme a lei, tanto por hierarquia de normas quanto por respeito à Ordem Pública, às leis cogentes e imperativas, enfim, ao sistema legal brasileiro.

Com efeito, pode-se dizer que a união de vontades, ou o imbróglio de interesses (conforme a doutrina italiana, em especial, o ilustre Professor Bianca), preenche o espaço expressamente concedido pela norma ou não expressamente vetado por esta última. Esse espaço é de forma geral e abstrata, balizado pela lei; denominando-se autonomia privada, *in verbis*:

“Em termos etimológicos, ‘autonomia’ (auto + nomos) quer dizer capacidade de autogovernar-se, faculdade que possui determinada pessoa ou instituição para estabelecer suas próprias normas, livre de qualquer subordinação. Trazida para o âmbito jurídico, a “autonomia privada” se apresenta como uma qualificação da faculdade que as pessoas têm para, mediante o exercício da vontade livre e sem vícios, criar entre si normas jurídicas, de modo a instituir atos com efeitos juridicamente vinculantes”¹⁰³.

Com efeito, vislumbra-se justamente o já exposto: a autonomia privada cerceia a vontade do particular – autonomia da vontade, conquanto a pessoa privada, sujeita de direitos e obrigações, pode, livremente, pactuar com outra pessoa privada, igualmente sujeita de direitos e obrigações, se lhes aquiescer, em um dado contrato – no exercício de sua liberdade contratual.

¹⁰³ TORRES, Heleno Tavera. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elisão tributária*. São Paulo: RT, 2003. p. 107.

O contrato, por sua vez, é a expressão física da vontade das partes, ou seja, por meio do esforço psicofísico humano da transmissão da idéia dos contratantes a um suporte constituído de papel e tinta (enunciação), gera-se um enunciado do negócio jurídico. Resta o contrato, então, sujeito às regras de direito referentes à constituição e à celebração do *negocium*. As mesmas regras, com fundamento, serão aplicadas à técnica resolutiva de conflito, denominada mediação, visto que esta é cercada de todos e iguais critérios legais e de liberdade previstos nos contratos¹⁰⁴.

Nesse sentido, mister ressaltar que antes de todo contrato há um acordo de vontades, que consubstancia o *negocium* do direito romano ou o *negócio jurídico* de nosso ordenamento.

Destarte, um contrato só pode ser analisado levando em conta concomitantemente a legislação pertinente não apenas ao seu tipo, ou à analogia legal de seu tipo, ou ainda apenas à parte geral que destina o Código Civil de uma nação aos contratos, mas, igualmente, no Brasil, deve-se considerar a Constituição Federal; a Lei de Introdução ao Código Civil; o Código de Defesa do Consumidor; a seção destinada, no Código Civil, aos Negócios Jurídicos; além de todas as normas a que possa interessar qualquer relação contratual das pessoas naturais ou jurídicas privadas e, no exterior, os critérios ou elementos de conexão pertinentes, ou, exclusivamente, os contratos celebrados.

A liberdade, de qualquer forma, é uma constante no tocante aos institutos cuja natureza jurídica é a contratual. Isso se dá com a mediação. Entrementes, mister que se atente ao fato que, consoante versa o douto Professor Ricardo Hasson Sayeg, em suas aulas de graduação e pós-graduação, *na relação entre forte e fraco, a liberdade escraviza e a lei liberta*.

Vale, portanto, no entendimento da relação contratual e também da mediação, a análise dos seguintes princípios gerais do direito: Princípio da Boa-Fé Objetiva (artigos 113 e 422 do Código Civil), Princípio do Equilíbrio Econômico do Contrato (artigo 421 do Código Civil), Função Social do Contrato (artigo 170, III, da CF, e artigo 421 do Código Civil) e Função Social da Propriedade (artigo 170, III, da CF).

Assim, e ingressando-se em breve digressão, as negociações sobre um negócio jurídico, que envolvem, por exemplo, a entrega de uma Carta de Intenções, de um *MOU* – *Memorandum of Understandings*, ou mesmo a troca de *e-mails*, constituem fato imponível¹⁰⁵ contratual? A explicação é pontuada a seguir¹⁰⁶:

¹⁰⁴ Sem considerar os demais pontos anteriormente abordados.

¹⁰⁵ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹⁰⁶ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*., p. 72-73.

“27.2 Fato imponível é, como visto, aquele fato concreto do mundo fenomênico que é qualificado pelo direito como apto a determinar o nascimento da obrigação tributária – fato jurígeno, portanto. Esta qualificação contém-se em lei. Um fato empírico assim poderá ser qualificado quando se subsume, se enquadra na hipótese de incidência. Ou, como o diz Alfredo Becker, é a “realização da hipótese de incidência”, a sua concretização.”

Inicialmente, vale separar os tipos contratuais, no seguinte sentido: a Carta de Intenções e o primeiro *e-mail* enviado, são atos unilaterais e constituem propostas do proponente-remetente. O MOU e a troca de *e-mails* são atos bilaterais, sendo o primeiro um verdadeiro contrato, e, o segundo, dependendo do seu conteúdo, também.

Já a Carta de Intenções, se entregue reciprocamente, geral e igualmente constitui contrato. Mas, frise-se, essas hipóteses variam de acordo com o conteúdo de cada instrumento particular¹⁰⁷.

Com efeito, o ato unilateral é, sim, subsumido à hipótese legal do Código Civil brasileiro. Veja a prescrição legal nesse sentido:

Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

Internacionalmente, possivelmente a sujeição se daria em face dos costumes internacionais, na hipótese de inexistência de contrato entre as partes ou Tratado.

Nesse diapasão, percebe-se que, no Brasil, para se formar um negócio jurídico, não é necessário o ato bilateral. Por comunicação por intermédio dos meios públicos ou privados, gera-se uma obrigação ao proponente (remetente, na hipótese do *e-mail*).

Por fim, vale lembrar da declaração de vontade¹⁰⁸ e do caso do *leilão*, apresentado pelo Professor Renan Lotufo: passar a mão nos cabelos em um leilão pode ser perigoso, conquanto é regularmente aceito o lance, pelo ato físico de se levantar uma mão, isto é, a sociedade

¹⁰⁷ O conteúdo deve gerar uma obrigação e uma contraprestação, a fim de que as partes contraiam direitos e obrigações recíprocos, ou, pelo menos, gerem uma possibilidade de direito e obrigação, de uma para a outra, constituindo os negócios jurídicos que se pretende analisar neste estudo.

¹⁰⁸ Declaração de vontade é ato social livre e pode representar negócio jurídico desde que, para tanto, seja a manifestação socialmente aceita ou perceptível pelo “homem médio” para determinar específica situação contratual (como prefere a doutrina alemã).

entende que o lance é realizado de uma certa forma, e esta é lei em dita situação, sofrendo a parte todas as obrigações e recebendo todas as prerrogativas de tais *convenções sociais*. E o direito brasileiro igualmente abrange-as em seu artigo 110 e o já apontado artigo 107, do Código Civil:

Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.

Retomando, afinal, o estudo da natureza jurídica contratual da Mediação, a mediação objeto do presente estudo ocorre em determinada relação contratual, seja esta qual for, desde que possua cunho econômico e que as partes tenham aceitado a mediação apontada por seus patronos, tenham optado por ela ou tenham pactuado pela mediação junto ou durante a formalização do negócio jurídico objeto de mediação em linguagem escrita pertinente, em suporte físico apropriado. Como visto, a mediação tem fundamento lógico na livre expressão de vontade das partes e assim, juridicamente, no direito privado, ou seja, justamente no espaço concedido pelas normas que compõem o ordenamento jurídico, na iniciativa privada.

3.1 Da Natureza Jurídica da Mediação quanto Instituto e quanto Procedimento

Jean-François Six¹⁰⁹, filósofo, fala da mediação como um “procedimento facultativo”. A priori, o entendimento que se pode fazer de tal apontamento é que a mediação possui natureza jurídica¹¹⁰ privada. Ocorre, outrossim, que esta pode ser facultativa ao *beneficiário*, *autor* ou *réu*, mas, por exemplo, no caso do último sujeito, realizada em âmbito público, com a participação do Ministério Público (mediação penal). Nesse caso a mediação teria natureza jurídica de direito público.

Assim, empregar-se-á corte epistemológico para análise exclusiva da mediação privada. Esta é aquela oriunda de relações econômicas, internacionais, que necessariamente serão interpretadas a partir do ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁰⁹ *Dinâmica da Mediação*, p. 287.

¹¹⁰ Para o saudoso Plácido e Silva "natureza jurídica é a essência, a substância ou a compleição das coisas"; no mesmo sentido, a professora Maria Helena Diniz diz que a natureza jurídica é a "afinidade que um instituto tem em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica". (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005).

Dessa forma, no processo civil, Petrônio Calmon¹¹¹ aponta:

“De acordo com o código de processo civil em seu art. 269, incisos II, III e IV, a autocomposição é uma fenômeno processual, como um dos modos de findar o processo, mas para ALCALÁ-ZAMORA ela pode ser considerada um meio de solução de conflito e não um meio de pôr fim ao processo.”

O referido autor compactua com a doutrina italiana e distingue a mediação, que seria privada, da conciliação; esta, sim, de caráter público. Com efeito, sua qualificação relativa à autocomposição perderia qualquer razão lógica, pois, primeiro, a mediação não é uma autocomposição, pode ser uma composição privada ou uma composição processual (o que resultaria em um Acordo Judicial) e, segundo, como poderia ser privada e realizada como fenômeno processual?

Ainda, pela interpretação restrita e literal do texto ora analisado (afastado o contexto – e com ele a própria pragmática lingüística), poder-se-ia deduzir¹¹² – por meio racional dedutivo¹¹³ – que Petrônio entenderia a mediação como a natureza jurídica processual. Mesmo assim é fácil verificar que tal aspecto não é verdadeiro: a partir do momento em que a mediação não é obrigatória ou proibida no Brasil ou no mundo, enquanto universo geográfico não vinculado a território, povo ou governo único, podendo ser livremente pactuada, não é necessariamente realizada em âmbito processual, descaracterizando-se tal natureza jurídica processual.

Esclarece-se: consoante a definição referida, a mediação é constituída por atos privados, independentes e não obrigatórios, embora vinculativos. Como tal, há de preencher os requisitos de existência, validade e eficácia, comuns a todo e qualquer ato jurídico (os demais atos ou não são recepcionados pelo Direito ou são atos ilícitos), elucidados pelo douto Professor Junqueira¹¹⁴.

Aplicando-se a tese do digníssimo professor ao presente estudo, são elementos do negócio jurídico que compõe o plano da existência do *instituto da mediação*: (i) a dúvida; (ii)

¹¹¹ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, p. 75.

¹¹² O Autor, mantendo-se a análise restrita e literal, diz que autocomposição é gênero do qual mediação é espécie. Autocomposição é apontada como fenômeno processual. Logo, mediação é fenômeno processual. (CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*.)

¹¹³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Língua e Linguagem...*, p. 54.

¹¹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ao menos duas partes vinculadas por referida dúvida, e (iii) o mediador; cumpridos esses requisitos, possibilitar-se-ia a livre – e este é um dos elementos do plano da validade do negócio jurídico – declaração da vontade¹¹⁵, isto é, a aceitação de participação em mediação e a negociação assistida realizada pelas partes, consoante definições acima enunciadas (faculdades). Por fim, o ato jurídico deve ser verificado no plano da eficácia jurídica, e não fenomenológica – no sentido de verificar os efeitos jurídicos do ato, mesmo que este seja considerado nulo, por exemplo, na hipótese do artigo 1.523, II, do Código Civil (casamento nulo e impossibilidade de casamento da mulher, por dez meses¹¹⁶).

Assim, aparentemente a mediação pode ser objeto de análise jurídica como negócio jurídico. Cabe, entretanto, a análise do exposto apontamento do Código de Ética e Disciplina da OAB¹¹⁷, artigo 2º, parágrafo único, VI, qual seja:

“Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Parágrafo único. São deveres do advogado: (...)

VI – *estimular a CONCILIAÇÃO entre os litigantes*, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”
(Grifos nossos.)

Por causa do apontado instrumento normativo, padece de vício e ilegalidade perante o ordenamento jurídico brasileiro a errônea, genérica e propositada menção de que a mediação não seria obrigatória; pode ser, sim, obrigatória.

Embora a conciliação seja instituto diverso da mediação, quando apontada no Código de Ética e Disciplina da OAB, a tentativa de conciliação de seu cliente passaria a ser uma obrigação do advogado, como ato finalístico, e não como instituto.

Da análise sintática da prescrição normativa, depreende-se que o verbo *estimular* – verbo transitivo direto e bitransitivo¹¹⁸ – não se adequaria, na linguagem culta e lógica, ao

¹¹⁵ Entre outros, deverão também ser analisados critérios como os apontados no art. nº 104 do Código Civil.

¹¹⁶ Este estudo efetivamente não discutirá o conteúdo normativo de lei, tampouco sua validade. Nessa hipótese, entretanto, entende-se que a impossibilidade deve ser estendida aos homens ou que o referido instrumento legal não tem validade no novel ordenamento jurídico advindo da Carta de 1988.

¹¹⁷ CÓDIGO de Ética e Disciplina da OAB. *Diário da Justiça*, seção 1, p. 4.000-4.004, 1 mar. 1995.

procedimento ou ao instituto da conciliação, pois esses não seriam estimulados¹¹⁹, mas *propostos* (procedimento da conciliação) ou *observado* (instituto da conciliação); além disso, o verbo *prevenindo*, que está no gerúndio, obriga que o estímulo da conciliação seja contínuo, ainda mais em face do predicado complementar *sempre que possível* (adjunto adverbial de modo).

Quanto ao significado, *estimular* possui as seguintes acepções¹²⁰: empenhar-se para que (algo) seja criado; dar incentivo a, ou despertar o ânimo; assim, reitera-se e justifica-se a regra culta e lógica da linguagem jurídica.

Da análise pragmática, (i) a emissora da regra é a entidade de classe representativa dos advogados brasileiros; (ii) o destinatário da regra é o advogado; (iii) a regra está contida nas regras deontológicas fundamentais da advocacia, quais sejam *o conjunto de deveres fundamentais da categoria*; (iv) o contexto é o de prevenção da instauração de conflitos, “*em perfeita sintonia com os fins sociais a que se dirige e as exigências do bem comum*”; (v) o advogado deve ser *fiel à verdade para poder servir à Justiça como um de seus elementos essenciais*; (vi) procedendo “*com lealdade e boa-fé em suas relações profissionais e em todos os atos do seu ofício*”, cumprindo com a *finalidade social do seu trabalho*.

Enfim, o advogado deve:

“*aprimorar-se no culto dos princípios éticos e no domínio da ciência jurídica, de modo a se tornar merecedor da confiança do cliente e da sociedade como um todo, pelos atributos intelectuais e pela probidade pessoal; agir, em suma, com a dignidade das pessoas de bem e a correção dos profissionais que honram e engrandecem a sua classe.*”¹²¹

Assim, e diante de todo o exposto até o momento, sem considerar ainda a análise dos princípios basilares norteadores do Direito Pátrio, pois é efetivamente desnecessária, não restam quaisquer dúvidas de que o estímulo à conciliação de seu cliente é *DEVER, OBRIGAÇÃO, EMPENHO* do advogado, sendo *VEDADA, PROIBIDA e TOLHIDA* conduta diversa.

Assim, para a regra apontada, não *importa* o meio pelo qual o advogado estimula a consecução da conciliação – por meio da mediação, da conciliação quanto instituto, ou outro: tal estímulo é obrigação do advogado. E o não-cumprimento dessa obrigação legal deve ou

¹¹⁸ HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico*.

¹¹⁹ *Estimular* o procedimento da mediação entre os litigantes – antes de estimular o procedimento é necessário que este seja aceito, proposto; ainda, as partes não conhecem o procedimento da mediação, que deve ser apresentado ou proposto; e, *estimular* o instituto da mediação entre os litigantes infligiria a idéia de divulgar a mediação, enquanto instituto, às partes.

¹²⁰ HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico*.

¹²¹ Preâmbulo do Código de Ética e Disciplina da OAB.

deveria resultar em punições administrativas para ele; isso não é objeto do presente estudo, quiçá por se tratar de Regra Deontológica Fundamental da Advocacia.

Petrônio, outrossim, não se ateve a tal regra – ao menos não a mencionou expressamente – em sua obra, em que trata da *responsabilidade do advogado*; na realidade, indica possibilidades de atuação para este, como gestor de conflito, orientador de seu próprio cliente, como negociador e como mediador. Frise-se que embora tenha tratado de políticas públicas que incentivassem a mediação, propondo, como no modelo argentino, uma Política Nacional de Incentivo à Autocomposição Civil e Penal, não apresentou modelos legais ou realizou investigações nesse sentido – tanto em seu livro quanto em sua dissertação.

Outrossim, na realidade, a conciliação como instituto ou técnica não satisfaria a regra anteriormente analisada, em especial em razão de seu aspecto pragmático anotado, conquanto o advogado deveria, com dignidade, ética, probidade e correção profissional, informar oralmente ou formalmente notificar seu colega ou a outra parte, se estes não possuírem advogado constituído, para que, acompanhados de seu advogado, possam todos, ou apenas seus procuradores, buscar a mencionada *conciliação*, aqui visivelmente empregada como finalidade. Desse modo é claro que a interferência prescrita ao operador do Direito pela norma legal atinge uma assistência direta deste em face da situação fática material e objetiva formadora da dúvida (em definição lingüística: do *dubium*).

Conclui-se assim que a tentativa de mediação é obrigatória aos advogados de ambas as partes, retomando-se a obrigatoriedade, por exemplo, das Juntas de Conciliação Prévia previstas pela Consolidação das Leis do Trabalho e também gerando a necessidade de criação de Associações e Institutos de Mediação certificados pela entidade de classe própria ou instituição pública apropriada, para que antes da proposta da demanda judicial fosse possível a tentativa assistida de conciliação¹²², entre outros fatos relevantes. Tal fator, *per si*, já impõe uma Política Nacional de Incentivo à Conciliação, no sentido figurado da regra analisada (de finalidade), podendo e devendo, caso se deseje atenção à regra técnica e culta, ser efetuada a substituição do termo *conciliação* por *mediação*.

Para o advogado, portanto, o instituto da *mediação* tem natureza jurídica genérica de *obrigação legal*, e enquanto a “mediação” como procedimento possui natureza jurídica

¹²² Diversas ressalvas devem ser aqui realizadas no sentido de ser necessária a regulamentação da regra, no sentido de esta não ser obrigatória aos clientes do advogado, mas exclusivamente a este, podendo aqueles isentarem o advogado da obrigação de mediar (basta que isso conste no contrato de honorários ou na procuração, como declaração do cliente); e, ademais, no sentido de que regras legais contrárias, impeditivas ou não geradoras de possibilidade legal de mediar – quando se tratar de direito indisponível, isentariam o profissional de sua obrigação legal.

contratual, pois, consoante corte epistemológico neste capítulo retomado, possuiria as naturezas jurídicas *privada e consensual*.

Para as partes, entretanto, tanto a negociação quanto a mediação são constituídas por propostas e *contrapropostas*, vinculadoras, consoante o Código Civil¹²³. Entendemos, então, que a mediação possui natureza jurídica contratual, tanto quanto instituto quanto como procedimento, para as partes, a qual é a seguir explicada.

3.2. Do Objeto da Mediação Internacional Privada

A mediação privada ocorre quando as partes contratam um mediador (o qual aproxima as partes e elas negociam entre si) para solucionar seu litígio, esses são juizes aposentados ou promotores experientes, porém tal serviço é muito caro chegando a custar US\$800,00 a hora. Ele pode acarretar consequências danosas devido a opressão econômica, tal opressão pode se dar de dois âmbitos distintos, ou seja, podendo acarretar o não acesso á mediação devido ao alto custo como já mencionado ou o modo pelo qual se opera a mediação em âmbitos maiores como estatais e Internacionais.

Com a globalização as relações econômicas entres os países se estreitaram, devido ao avanço tecnológico, assim diversos conflitos surgem em consequência dela como os conflitos entre multinacionais e empregadores, entres Estados, entre Empresas etc..

No âmbito de menor alcance (*stricto*) a opressão econômica referida causa uma aglomeração no judiciário devido à alta demanda, caso a mediação fosse um meio mais acessível a jurisdição seria menos acionadas o processo seria mais célere.

No âmbito de maior alcance (*lato*) a opressão econômica se manifestaria na idéia dos países desenvolvidos controlar os menos desenvolvidos, os quais ficam submissos à sua política econômica tanto interna quanto externa (“L’*autonomie* das *États* s’étendit á la *maitrise* de leur *politique* économique...Ruptures ont pu favoriser lê retour dês crises *finacieres*” (Jean – marc siroen “*relations économiques internationales*” ed Breál 2002” pa’g 162) , na idéia de multinacionais controlarem o mercado interno de certos países em desenvolvimento não proporcionando o desenvolvimento das empresas locais, em suma na idéia de que o mais forte prevalece sobre o mais fraco (“(...) of all governments by encoring

¹²³ Mister ratificar, como já esclarecido, que não existe *contrapropostas* no ordenamento pátrio, mas uma proposta nova revoga a anterior, pois sua aceitação não pode ser realizada com ressalvas ou modificações, bem como esclarecer que as propostas podem não ser vinculadoras se tal critério for expressamente afastado.

smaller countries to participate in negotiations with their more powerful trading partners.” (Kyle Bagwell Robert W. Staiger “The economics of The world trading system” Massachusetts 2002, pág 70). Essa idéia de prevalência se dá em sua grande parte em âmbito internacional (“Until recently, therefore, most explanations of international behavior have concentrated on the coercion employed by states or on the self-interested motivations of individual states, to the virtual exclusion of the recognition by states of the legitimacy and authority of rules and norms operating within the international system” (Rodney Bruce Hall e Thomas J. Biersteker “ The emergence of private authority in global Governance” Cambridge university press – united kingdom, 2002” pág 3) onde a prevalência econômica é fato determinante nas decisões assim pesando muito mais a opinião ou projeto de um país economicamente fortalecido como os EUA do que um país com uma economia fraca.

As possíveis consequências danosas da mediação privada devido à opressão econômica, é a grande recorrência à jurisdição, um desequilíbrio nas decisões devido à maior influência dos países economicamente desenvolvidos, uma maior intervenção nos países em desenvolvimento devido à acordos e convenções ou decisões que acabam por beneficiar os mais fortalecidos economicamente (“authority can be exercised not only by intergovernmental institutions like the International Monetary Fund, but also ‘by creditor banks in negotiating debt rescheduling, or by firms choosing new locations for production and employment” Rodney Bruce Hall e Thomas J. Biersteker “ The emergence of private authority in global Governance” Cambridge university press – united kingdom, 2002” pág 6)

“Until recently, therefore, most explanations of international behavior have concentrated on the coercion employed by states or on the self-interested motivations of individual states, to the virtual exclusion of the recognition by states of the legitimacy and authority of rules and norms operating within the international system” (Rodney Bruce Hall e Thomas J. Biersteker “ The emergence of private authority in global Governance” Cambridge university press – united kingdom, 2002” pág 3)

3.3. O Mediador e o Poder Postulatório

Com a globalização as relações econômicas entre os países se estreitaram, devido ao avanço tecnológico, assim diversos conflitos surgem em consequência dela como os conflitos entre multinacionais e empregadores, entre Estados, entre Empresas etc..

No âmbito de menor alcance (stricto) a opressão econômica referida causa uma aglomeração no judiciário devido à alta demanda, caso a mediação fosse um meio mais acessível a jurisdição seria menos acionada e o processo seria mais célere.

No âmbito de maior alcance (lato) a opressão econômica se manifestaria na ideia dos países desenvolvidos controlar os menos desenvolvidos, os quais ficam submissos à sua política econômica tanto interna quanto externa (“L’*autonomie des États s’étendit à la maîtrise de leur politique économique...Ruptures ont pu favoriser le retour des crises financières*” (Jean – marc siroen “*relations économiques internationales*” ed Breál 2002” pa’g 162) , na ideia de multinacionais controlarem o mercado interno de certos países em desenvolvimento não proporcionando o desenvolvimento das empresas locais, em suma na ideia de que o mais forte prevalece sobre o mais fraco (“(...) of all governments by encouraging smaller countries to participate in negotiations with their more powerful trading partners.” (Kyle Bagwell Robert W. Staiger “*The economics of The world trading system*” Massachusetts 2002, pág 70). Essa ideia de prevalência se dá em sua grande parte em âmbito internacional (“Until recently, therefore, most explanations of international behavior have concentrated on the coercion employed by states or on the self-interested motivations of individual states, to the virtual exclusion of the recognition by states of the legitimacy and authority of rules and norms operating within the international system” (Rodney Bruce Hall e Thomas J. Biersteker “*The emergence of private authority in global Governance*” Cambridge university press – united kingdom, 2002” pág 3) onde a prevalência econômica é fator determinante nas decisões assim pesando muito mais a opinião ou projeto de um país economicamente fortalecido como os EUA do que um país com uma economia fraca.

As possíveis consequências danosas da mediação privada devido à opressão econômica, é a grande recorrência à jurisdição, um desequilíbrio nas decisões devido à maior influência dos países economicamente desenvolvidos, uma maior intervenção nos países em desenvolvimento devido à acordos e convenções ou decisões que acabam por beneficiar os mais fortalecidos economicamente (“authority can be exercised not only by intergovernmental institutions like the International Monetary Fund, but also ‘by creditor banks in negotiating debt rescheduling, or by firms choosing new locations for production and employment’” Rodney Bruce Hall e Thomas J. Biersteker “*The emergence of private authority in global Governance*” Cambridge university press – united kingdom, 2002” pág 6)

3.4. O Vínculo Jurídico das Partes como Elemento de Efetividade

A Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, regula a organização, competência e funcionamento dos julgados de paz e, bem assim, a tramitação dos processos da sua competência, determinando que o Governo criará e providenciará a instalação de julgados de paz, como projectos experimentais, nos municípios de Lisboa, de Oliveira do Bairro, do Seixal e de Vila Nova de Gaia.

A criação dos julgados de paz, operada pelo presente decreto-lei, a delimitação da respectiva competência territorial, bem como a regulação das matérias relativas à respectiva organização interna e competências de serviços, em especial do serviço de mediação, responde à mencionada exigência legal.

O presente diploma surge, assim, na sequência da iniciativa da Assembleia da República, mas igualmente e de uma forma muito vincada no contexto global da política do Governo para a justiça, que, a par de um investimento inigualável em recursos financeiros, técnicos e humanos para o sistema tradicional de justiça, busca progredir para a construção de novos modelos em que a administração da justiça haverá de ser caracterizada por mais acessibilidade, proximidade, celeridade e informalidade, a benefício dos cidadãos.

3.5. As Espécies de Mediação

A Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, regula a organização, competência e funcionamento dos julgados de paz e, bem assim, a tramitação dos processos da sua competência, determinando que o Governo criará e providenciará a instalação de julgados de paz, como projectos experimentais, nos municípios de Lisboa, de Oliveira do Bairro, do Seixal e de Vila Nova de Gaia. A criação dos julgados de paz, operada pelo presente decreto-lei, a delimitação da respectiva competência territorial, bem como a regulação das matérias relativas à respectiva organização interna e competências de serviços, em especial do serviço de mediação, responde à mencionada exigência legal. O presente diploma surge, assim, na sequência da iniciativa da Assembleia da República, mas igualmente e de uma forma muito vincada no contexto global da política do Governo para a justiça, que, a par de um investimento inigualável em recursos financeiros, técnicos e humanos para o sistema

tradicional de justiça, busca progredir para a construção de novos modelos em que a administração da justiça haverá de ser caracterizada por mais acessibilidade, proximidade, celeridade e informalidade, a benefício dos cidadãos.

3.6. A Boa-Fé como Elemento de Efetividade

Com a globalização as relações econômicas entre os países se estreitaram, devido ao avanço tecnológico, assim diversos conflitos surgem em consequência dela como os conflitos entre multinacionais e empregadores, entre Estados, entre Empresas etc..

No âmbito de menor alcance (*stricto*) a opressão econômica referida causa uma aglomeração no judiciário devido à alta demanda, caso a mediação fosse um meio mais acessível a jurisdição seria menos acionada e o processo seria mais célere.

No âmbito de maior alcance (*lato*) a opressão econômica se manifestaria na ideia dos países desenvolvidos controlar os menos desenvolvidos, os quais ficam submissos à sua política econômica tanto interna quanto externa (“L’*autonomie* des États s’étendit à la maîtrise de leur politique économique...Ruptures ont pu favoriser le retour des crises financières” (Jean – marc siroen “relations économiques internationales” ed Breál 2002” pág 162) , na ideia de multinacionais controlarem o mercado interno de certos países em desenvolvimento não proporcionando o desenvolvimento das empresas locais, em suma na ideia de que o mais forte prevalece sobre o mais fraco (“(...) of all governments by encouraging smaller countries to participate in negotiations with their more powerful trading partners.” (Kyle Bagwell Robert W. Staiger “The economics of The world trading system” Massachusetts 2002, pág 70). Essa ideia de prevalência se dá em sua grande parte em âmbito internacional (“Until recently, therefore, most explanations of international behavior have concentrated on the coercion employed by states or on the self-interested motivations of individual states, to the virtual exclusion of the recognition by states of the legitimacy and authority of rules and norms operating within the international system” (Rodney Bruce Hall e Thomas J. Biersteker “ The emergence of private authority in global Governance” Cambridge university press – united kingdom, 2002” pág 3) onde a prevalência econômica é fato determinante nas decisões assim pesando muito mais a opinião ou projeto de um país economicamente fortalecido como os EUA do que um país com uma economia fraca.

As possíveis consequências danosas da mediação privada devido a opressão econômica, é a grande recorrência à jurisdição, um desequilíbrio nas decisões devido a maior

influencia dos países economicamente desenvolvidos, uma maior intervenção nos países em desenvolvimento devido à acordos e convenções ou decisões que acabam por beneficiar os mais fortalecidos economicamente (“authority can be exercised not only by intergovernmental institutions like the International Monetary Fund, but also‘by creditor banks in negotiating debt rescheduling, or by firms choosing new locations for production and employed” Rodney Bruce Hall e Thomas J. Biersteker “ The emergence of private authority in global Governance” Cambridge university press – united kingdom,2002” pág 6)

3.7. Do Acordo e Seu Estudo como Elemento de Efetividade

A Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, regula a organização, competência e funcionamento dos julgados de paz e, bem assim, a tramitação dos processos da sua competência, determinando que o Governo criará e providenciará a instalação de julgados de paz, como projectos experimentais, nos municípios de Lisboa, de Oliveira do Bairro, do Seixal e de Vila Nova de Gaia. A criação dos julgados de paz, operada pelo presente decreto-lei, a delimitação da respectiva competência territorial, bem como a regulação das matérias relativas à respectiva organização interna e competências de serviços, em especial do serviço de mediação, responde à mencionada exigência legal. O presente diploma surge, assim, na sequência da iniciativa da Assembleia da República, mas igualmente e de uma forma muito vinculada no contexto global da política do Governo para a justiça, que, a par de um investimento inigualável em recursos financeiros, técnicos e humanos para o sistema tradicional de justiça, busca progredir para a construção de novos modelos em que a administração da justiça haverá de ser caracterizada por mais acessibilidade, proximidade, celeridade e informalidade, a benefício dos cidadãos.

DA OBRIGATORIEDADE DE MEDIAR COMO ELEMENTO DE EFETIVIDADE

É eficiente, com isso, às partes parece mais produtivo ter um grande leque de opções para lidar com seus problemas e diminuir as probabilidades de surpresas ou de deixar passar algo valioso na mesa de negociação.

Proporciona uma base para melhorar a relação entre as partes através do controle emocional e dimensões interpessoais de conflitos levando em conta as futuras relações entre as partes.

Proporciona meios legais(critério objetivo) para avaliar e aceitar opções para acordo.

Fisher, Ury e Patton analisam a questão do de um dos negociadores ser difícil de lidar, na 2ª edição de “Getting to YES”. Em seu capítulo 7 mostram uma estratégia para mudar o jogo para unir solução de problema., a qual eles chamam de “ negociação jiu-jitsu “. Baseia-se em ouvir a outra parte e acreditar nas suas exigências/propostas como possíveis soluções. O negociador deve chamar atenção para o que está impedindo a evolução da negociação, sobre o que a torna ineficaz.

William Ury formulou o que ele chama de cinco-passos de “ estratégias para quebrar barreiras” em seu livro “Getting Past NO”: negociando com pessoas difíceis.

O Primeiro passo é “ir para o palco” e, em vez de reagir às táticas do oponente, encontrar um meio de ganhar tempo para reflexão. O segundo e terceiro passo é “colocar-se ao lado” para que crie um clima mais favorável/descontraído à negociação e analisar o que quer que o outro tenha dito como uma tentativa de preocupação com o problema. Quarto passo, um deve tentar facilitar para seu oponente dizer sim “construindo para ele uma ponte dourada”. No quinto passo “ torne difícil para ele dizer não”.

Um ponto importante é quanto as disparidades na negociação no que concerne o status financeiro da pessoa ou outra forma de poder. A parte mais fraca pode não conseguir se utilizar de técnicas para solução de problemas pelo fato do exercício daquele poder pela parte mais forte.

4.1. Da Cultura Jurídica Greco-Romana Positivista e Codificada e o Costume Internacional em face da Efetividade de Mediar

Fisher, Ury e Patton analisam a questão do de um dos negociadores ser difícil de lidar, na 2ª edição de “Getting to YES”. Em seu capítulo 7 mostram uma estratégia para mudar o jogo para unir solução de problema., a qual eles chamam de “ negociação jiu-jitsu “. Baseia-se em ouvir a outra parte e acreditar nas suas exigências/propostas como possíveis soluções. O negociados deve chamar atenção para o que está impedindo a evolução da negociação, sobre o que a torna ineficaz.

William Ury formulou o que ele chama de cinco-passos de “ estratégias para quebrar barreiras” em seu livro “Getting Past NO”: negociando com pessoas difíceis.

O Primeiro passo é “ir para o palco” e, em vez de reagir às táticas do oponente, encontrar um meio de ganhar tempo para reflexão. O segundo e terceiro passo é “colocar-se ao lado” para que crie um clima mais favorável/descontraído à negociação e analisar o que quer que o outro tenha dito como uma tentativa de preocupação com o problema. Quarto passo, um deve tentar facilitar para seu oponente dizer sim “construindo para ele uma ponte dourada”. No quinto passo “ torne difícil para ele dizer não”.

Um ponto importante é quanto as disparidades na negociação no que concerne o status financeiro da pessoa ou outra forma de poder. A parte mais fraca pode não conseguir se utilizar de técnicas para solução de problemas pelo fato do exercício daquele poder pela parte mais forte.

4.2. A Desejável Obrigatoriedade Legal de Mediar

Já nesta época, consoante a autora mencionada no parágrafo acima, já se discutia a Mediação:

“Se, no entanto, apesar “de “ todos os meios pacíficos empregados”, as partes não se reconcilhassem, o escrivão faria uma declaração no próprio requerimento, para constar no juízo contencioso, lançado no protocolo para poder dar as certidões, quando requeridas (art. 7 da disposição provisória e art. 25 do regulamento nº. 737)

Não chegando às partes a um acordo e querendo evitar a demanda perante os tribunais, poderiam, por ocasião da conciliação, escolher juizes árbitros a quem incumbiu decidir, como tais, a contestação.

O não-comparecimento do réu no juízo conciliatório ocorria em duas hipóteses: moléstia ou impedimento, e revelia.

Sobre esta ultima, reportando-nos ao interesse que a matéria despertou na Câmara dos Deputados, suscitando, entre os parlamentares de 1827, importante discussão sobre a revelia do réu nas conciliações. Muitos entendiam que ele deveria ser coagido a comparecer, pois somente desse modo seria obedecido o preceito constitucional. Mas, a opinião vitoriosa foi a dos que entendiam não haver ocorrido à conciliação em virtude da revelia das partes.

Os debates aconteceram em torno do projeto da lei que fixava as atribuições e marcava os distritos de jurisdição dos juizes de paz, na Sessão de 21 de Maio de 1827

Disse o Deputado Vasconcelos:

Em julgo não ser a coação porque todas as vezes que as partes não podem ser forçadas a conciliar-se, não se pode empregar coação; logo que haja uma certidão, de que o homem foi notificado e não compareceu, este subentendido que não quer conciliação.

Na mesma sessão, falou o deputado Almeida e Albuquerque

Eu acho preciso que o juiz de paz procure todos os meios de fazer efetiva a conciliação, porque, alias,

ninguém, comparecerá, a lei o que quer é obviar esses males da falta de conciliação, deixar-se ao arbítrio das partes o comparecer é o mesmo que dizer que não haverá decisão alguma dos juizes de Paz; ninguém irá lá.

Por conseqüência, a desobediência ao chamamento do juiz de paz deve ser punida com alguma coisa; isto é muito velho, pois que a nossa Ordenação manda que os juizes chamem as partes a conciliação.

Concluo, portanto que deve haver um meio de coação para se fazer comparecer.

O deputado Souza França argumentou:

Sr. Presidente, uma conferencia com o Juiz de Paz, se ele é homem prudente PA de conciliar as partes mais rixosas, porque estes demandistas tem repugnância em se avistarem e logo que compareçam, talvez se lhes tire esta antipatia, este ódio que os faz separar muitas vezes; a experiência mostra que, “ quando um homem propoe uma demanda, esta como delirante, tem perdido o uso da razão e depois se arrepende.

Muitas vezes não compareceram por pensarem que é um ato de covardia, e nos vemos que nenhum resultado tem tido esse decreto, que saiu para este efeito; por conseqüência, concluo, que a coação é indispensável e que ninguém possa ser admitido a disputar uma ação, sem que tenha uma conferencia com o Juiz de Paz.

O deputado Batista Pereira, na mesma sessão, disse: “Que inconveniente há em serem convidados os contentores a comparecerem e a serem constrangidos, quando não o queiram ? Nem um, logo, a não ser isto

assim, não sei que papel fará o juiz de Paz, será verdadeiramente um palhaço?

Retornemos a revelia. Se o réu não comparecesse, nem justificasse doença ou impedimento, isto é, no caso de revelia, considerar-se-iam as partes não conciliadas e seria o réu condenado nas custas (art. 4 da Disposição Provisória e art 31 do regulamento comercial nº737)

Era ilegal e abusiva a pratica admitida por alguns juizes de Paz de mandar buscar o réu revel “ debaixo de vara”. Por isso, acabou sendo excluído tal procedimento, já que os arts 4 da disposição geral provisória e 31 do regulamento comercial n737 lhe eram contrários. (Fonte: Vieira, Rosa Maria- As atribuições dos Juizes de Paz- 2ª ed.- Editora UNB.)

É eficiente, com isso, às partes parece mais produtivo ter um grande leque de opções para lidar com seus problemas e diminui as probabilidades de surpresas ou de deixar passar algo valioso na mesa de negociação.

Proporciona uma base para melhorar a relação entre as partes através do controle emocional e dimensões interpessoais de conflitos levando em conta as futuras relações entre as partes.

Proporciona meios legais(critério objetivo) para avaliar e aceitar opções para acordo.

4.3. A Obrigatoriedade Contratual

Todavia, em um talvez existente Direito Natural interno a cada julgador ou uma valoração particular da norma, como ocorre, às vezes, no Poder Judiciário Brasileiro – qual seja uma infeliz prática de utilização de um *mix* de valores e positivismo, no qual o valor e a lei são aplicados caso a caso –, insurge-se brutal insegurança jurídica e total perda da tecnicidade, visto que literalmente aplica-se a regra da conveniência.

Isso significa que se torna ainda mais necessária a averiguação do critério humano quando do estudo e do desenvolvimento da Ciência do Direito, justamente com foco na aplicação deste (elaboração, destinação, fiscalização e julgamento).

Propõe-se, portanto, e de início, a utilização de técnicas que diminuam a possibilidade de discricionariedade (ponto em que acontece o erro), não o suficiente para sufocar a humanidade do Direito, muito pelo contrário, ela é plena no Legislativo, mas para adequar seu cumprimento e julgamento. Por exemplo, qualquer prescrição de conduta humana possui apenas três espécies de modais deônticos, que são: a proibição, a obrigação e a permissão. Paulo de Barros Carvalho, com muito mais fundamento, entende que se tratam de seis: os modais mencionados e a negação de todos, ou seja, não proibição, não obrigação e não permissão.

Neste texto considerar-se-ão apenas os três modais deônticos positivos, pois, como o próprio mestre Paulo de Barros Carvalho explica, em seu quadro de interdefinibilidade dos modais deônticos, um pode ser substituído pelo outro, o que torna alguns desnecessários¹²⁴, mas em suas formas essenciais positivas isso já não se faz possível. Assim é que igualmente se entende que deveria se dar qualquer estudo de Direito no Brasil: com base em critérios rígidos, lógicos e objetivos de interpretação da lei, não de valoração e extensão da norma.

De fato, quando do estudo do Direito no Brasil, a Ciência do Direito, que é Ciência Humana, deve se preocupar com critérios humanos atinentes ao este – mas tal preocupação deve se dar a fim de que se garantam a validade e a eficiência dos atos jurídicos (normativos ou não). Isso porque os juízes de 1º Grau (em especial os do Trabalho e Estaduais) têm por hábito um julgamento mais apoiado em fatos ou valores do que no próprio Direito; como expoentes dessa metodologia jurídica, estão os magistrados do Rio Grande do Sul, com seu Movimento *Juízes pela Democracia*, já os paulistas, uma boa parte deles, não são influenciados por esse movimento.

4.4. A Obrigatoriedade de Propor a Mediação como Dever Deontológico do Advogado

Isso significa que se torna ainda mais necessária a averiguação do critério humano quando do estudo e do desenvolvimento da Ciência do Direito, justamente com foco na aplicação deste (elaboração, destinação, fiscalização e julgamento).

¹²⁴ Salvo se analisados do ponto de vista exclusivamente da argumentação, na qual a variabilidade de proposições lingüísticas auxilia o processo de convencimento. CARVALHO, Paulo de Barros. *Língua e Linguagem – Signos Linguísticos – Funções, Formas e Tipos de Linguagem – Hierarquia de Linguagens*. 1998. Apostila do curso de Lógica Jurídica para mestrado e doutorado, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 54.

Propõe-se, portanto, e de início, a utilização de técnicas que diminuam a possibilidade de discricionariedade (ponto em que acontece o erro), não o suficiente para sufocar a humanidade do Direito, muito pelo contrário, ela é plena no Legislativo, mas para adequar seu cumprimento e julgamento. Por exemplo, qualquer prescrição de conduta humana possui apenas três espécies de modais deônticos, que são: a proibição, a obrigação e a permissão. Paulo de Barros Carvalho, com muito mais fundamento, entende que se tratam de seis: os modais mencionados e a negação de todos, ou seja, não proibição, não obrigação e não permissão.

4.5. A Mediação Internacional Privada e o Acesso à Justiça

Isso significa que se torna ainda mais necessária a averiguação do critério humano quando do estudo e do desenvolvimento da Ciência do Direito, justamente com foco na aplicação deste (elaboração, destinação, fiscalização e julgamento).

Propõe-se, portanto, e de início, a utilização de técnicas que diminuam a possibilidade de discricionariedade (ponto em que acontece o erro), não o suficiente para sufocar a humanidade do Direito, muito pelo contrário, ela é plena no Legislativo, mas para adequar seu cumprimento e julgamento. Por exemplo, qualquer prescrição de conduta humana possui apenas três espécies de modais deônticos, que são: a proibição, a obrigação e a permissão. Paulo de Barros Carvalho, com muito mais fundamento, entende que se tratam de seis: os modais mencionados e a negação de todos, ou seja, não proibição, não obrigação e não permissão.

Isso significa que se torna ainda mais necessária a averiguação do critério humano quando do estudo e do desenvolvimento da Ciência do Direito, justamente com foco na aplicação deste (elaboração, destinação, fiscalização e julgamento).

Propõe-se, portanto, e de início, a utilização de técnicas que diminuam a possibilidade de discricionariedade (ponto em que acontece o erro), não o suficiente para sufocar a humanidade do Direito, muito pelo contrário, ela é plena no Legislativo, mas para adequar seu cumprimento e julgamento. Por exemplo, qualquer prescrição de conduta humana possui apenas três espécies de modais deônticos, que são: a proibição, a obrigação e a permissão. Paulo de Barros Carvalho, com muito mais fundamento, entende que se tratam de seis: os modais mencionados e a negação de todos, ou seja, não proibição, não obrigação e não permissão.

4.6. O Poder Econômico em Mediação

Consuetudinário é o direito que surge devido aos costumes de uma sociedade, não há processos de criação de leis como ocorre no Brasil, não há necessidade delas serem sancionadas ou promulgadas. Um exemplo de normas consuetudinárias é a Common law que surgiu no século XII, baseando-se em decisões judiciais, obedecendo ao princípio da obrigatoriedade do precedente judicial onde se aplica ao conflito a decisão do caso antecedente. Como leciona Guido Soares “nos sistema Common Law a idéia central é a de que o Direito existe para solucionar os casos concretos e não para ser um edifício lógico e sistemático dotado de um geometrismo, de modo que a doutrina abstrata tem um papel secundário se comparada a necessidade de soluções pragmáticas” (Guido F. Silva Soares “Common Law” . são Paulo Rt 1999 p 53). Para Candido Rangel Dinamarco “... é a idéia de que os litígios devem ser resolvidos com a ajuda dos princípios obtidos, por indução, da experiência jurídica do passado – e não por dedução das regras estabelecidas arbitrariamente por uma vontade soberana. Trata-se de um sistema eminentemente consuetudinário, cujas normas se revelam através dos órgãos judiciais, em decisões com muito mais possibilidade de aderência às exigências do caso concreto que aquelas fundadas em norma escrita, a qual por sua própria natureza é muito mais rígida do que o costume” (DINAMARCO, C. R. Fundamentos do processo civil moderno. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 56. nota 2.)

No sistema jurídico consuetudinário o individuo tem plena liberdade de ação, afinal como dispõe Jean-Paul Sartre o homem é antes de tudo livre, contudo suas condutas tem de ser regradas (tanto por usos e costumes como no Direito Positivo positivado) para que seu ato não venha a prejudicar outro individuo, mas caso prejudique há sanção a ser imposta para o infrator.

Diferentemente do direito positivado o qual tem as normas “escritas”, positivadas e a sanção previstas para a infração das mesmas, nos casos em que a lei se omitir poderá o juiz decidir pela analogia, pelos princípios gerais do direito ou pela jurisprudência, ou seja, as condutas são todas previamente codificadas, porém não há de se imaginar todas as possíveis relações sociais que possam se operar.

Ao mesmo tempo permitir total autonomia das partes na estipulação de suas relações pode efetivamente prejudicar e oprimir as partes mais fracas da relação privada. (Citar Ricardo Sayeg, fl 181, tese doutorado.)

5
**A EFETIVIDADE PROCEDIMENTAL DOS ELEMENTOS
DINÂMICOS DO PROCESSO DA MEDIAÇÃO
INTERNACIONAL PRIVADA**

É eficiente, com isso, às partes parece mais produtivo ter um grande leque de opções para lidar com seus problemas e diminuir as probabilidades de surpresas ou de deixar passar algo valioso na mesa de negociação.

Proporciona uma base para melhorar a relação entre as partes através do controle emocional e dimensões interpessoais de conflitos levando em conta as futuras relações entre as partes.

Proporciona meios legais(critério objetivo) para avaliar e aceitar opções para acordo.

Fisher, Ury e Patton analisam a questão de um dos negociadores ser difícil de lidar, na 2ª edição de “Getting to YES”. Em seu capítulo 7 mostram uma estratégia para mudar o jogo para unir solução de problema., a qual eles chamam de “ negociação jiu-jitsu “. Baseia-se em ouvir a outra parte e acreditar nas suas exigências/propostas como possíveis soluções. O negociador deve chamar atenção para o que está impedindo a evolução da negociação, sobre o que a torna ineficaz.

William Ury formulou o que ele chama de cinco-passos de “ estratégias para quebrar barreiras” em seu livro “Getting Past NO”: negociando com pessoas difíceis.

O Primeiro passo é “ir para o palco” e, em vez de reagir às táticas do oponente, encontrar um meio de ganhar tempo para reflexão. O segundo e terceiro passo é “colocar-se ao lado” para que crie um clima mais favorável/descontraído à negociação e analisar o que quer que o outro tenha dito como uma tentativa de preocupação com o problema. Quarto passo, um deve tentar facilitar para seu oponente dizer sim “construindo para ele uma ponte dourada”. No quinto passo “ torne difícil para ele dizer não”.

Um ponto importante é quanto as disparidades na negociação no que concerne o status financeiro da pessoa ou outra forma de poder. A parte mais fraca pode não conseguir se utilizar de técnicas para solução de problemas pelo fato do exercício daquele poder pela parte mais forte.

5.1. A Mediação Princioplógica

O princípio da negociação se foca nas necessidades ou interesses das partes. A razão para isso é que para cada interesse, geralmente há vários pontos de vista ou várias soluções dentre as quais pode-se sanar o problema ou questão. Seria, então possível encontrar uma solução que possa agregar os interesses das partes.

Está baseada em quatro princípios: (a)“ Separar as pessoas do problema”, pelo qual sugere que resultados consideráveis devem ser separados dos problemas pessoais e sejam lidados separadamente; (b)“Focar nos interesses, não no status da pessoa”, tem o intuito de superar as desvantagens/ inconveniências de analisar/ tender na posição das pessoas quando o objeto da negociação é para satisfazer seus interesses fundamentais.; “ Criar opções para ganho mútuo”, propõe pensar em uma gama de possíveis soluções que ultrapassem a troca de interesses e produtivamente reconciliar interesses distintos, e “ Usar critério objetivo”, sugere que a negociação deveria se basear em acordos de ordem objetiva, como valor de mercado, peritos ou lei.

As vantagens da negociação principiológica relativa à posição de negociação tem sido amplamente discutido por escritores de vários campos. Podem ser elencados como segue.

A a aproximação pela negociação principiológica promove mais resultados satisfatórios para as partes, por lidar com suas necessidades e interesses fundamentais, então estabelece acordos os quais são mais suscetíveis à sua adesão.

É eficiente, com isso, às partes parece mais produtivo ter um grande leque de opções para lidar com seus problemas e diminui as probabilidades de surpresas ou de deixar passar algo valioso na mesa de negociação.

Proporciona uma base para melhorar a relação entre as partes através do controle emocional e dimensões interpessoais de conflitos levando em conta as futuras relações entre as partes.

Proporciona meios legais(critério objetivo) para avaliar e aceitar opções para acordo.

Fisher, Ury e Patton analisam a questão do de um dos negociadores ser difícil de lidar, na 2ª edição de “Getting to YES”. Em seu capítulo 7 mostram uma estratégia para mudar o jogo para unir solução de problema., a qual eles chamam de “ negociação jiu-jitsu “. Baseia-se em ouvir a outra parte e acreditar nas suas exigências/propostas como possíveis soluções. O negociados deve chamar atenção para o que está impedindo a evolução da negociação, sobre o que a torna ineficaz.

William Ury formulou o que ele chama de cinco-passos de “estratégias para quebrar barreiras” em seu livro “Getting Past NO”: negociando com pessoas difíceis.

O Primeiro passo é “ir para o palco” e, em vez de reagir às táticas do oponente, encontrar um meio de ganhar tempo para reflexão. O segundo e terceiro passo é “colocar-se ao lado” para que crie um clima mais favorável/descontraído à negociação e analisar o que quer que o outro tenha dito como uma tentativa de preocupação com o problema. Quarto passo, um deve tentar facilitar para seu oponente dizer sim “construindo para ele uma ponte dourada”. No quinto passo “torne difícil para ele dizer não”.

Um ponto importante é quanto as disparidades na negociação no que concerne o status financeiro da pessoa ou outra forma de poder. A parte mais fraca pode não conseguir se utilizar de técnicas para solução de problemas pelo fato do exercício daquele poder pela parte mais forte.

Fisher tenta esclarecer apontando que o papel do poder depende da percepção de poder que um negociador pode desenvolver de maneira a usá-los para valorar a sua própria habilidade de influenciar o outro lado. As pesquisas envolvem (1) o poder da habilidade e conhecimento; (2) o poder de um bom relacionamento; (3) o poder de uma forte MAAN (melhor alternativa para um acordo negocial); (4) o poder de uma solução diplomática; (5) o poder da legitimidade, e (6) o poder do compromisso/acordo. Um negociador hábil, Fisher afirma, pode usar o tempo de preparação da negociação com o intuito de identificar a origem daquele poder. Desenvolver o MAAN não somente permite determinar o mínimo aceitável para um acordo, mas irá elevar aquele mínimo-- talvez seja o meio mais eficiente de agir ao lidar com um aparente negociador mais poderoso.

Entretanto, todas essas técnicas não garantem igualdade de poder ou induzem o mais poderoso, ou uma parte desmotivada a negociar de um modo principiológico. . Da mesma maneira, é bom frisar que há limitações à utilidade da negociação principiológica, quando há desigualdade de poder entre as partes que não consegue ser estabilizada por referência a nenhuma forma supracitada de relacionar poder.

Nos casos em que uma parte depende economicamente de outra alguns mediadores se recusam a mediar a disputa desde o início quando eles detectam desigualdade de poder estrutural entre as partes durante o procedimento.

5.2. As Partes como Elementos Colaborativos

Entretanto, na definição de mediação do referido autor, percebe-se justamente a forte presença do aspecto psicológico que foi denegado expressamente na Introdução deste estudo, pois, de fato, constitui uma sessão de psicanálise. Outrossim, convém a ressalva de que o aspecto pacificador da mediação é o mesmo de toda a doutrina neste trabalho adotada.

Entretanto, é imprescindível uma análise mais profunda da definição apontada para se estabelecer segurança e certeza quanto à adoção da fundamentação sugerida neste estudo, em especial quanto ao significado de mediação. Dessa feita, a definição de mediação como "vontade", "prevenção" e "medicação", anteriormente descrita é falha, pois apesar de a "vontade" efetivamente constituir a essência da mediação, assim como na realidade caracteriza a essência de todos os atos privados, os itens "prevenção" e "medicação" não são seus *definidores*. São resultados, objetivos, finalidades dela, isso, claro, com um pouco de boa vontade interpretativa.

Juridicamente, a mediação como "medicação" só poderia ser entendida no sentido de "prevenção", como é feito quando da análise processual do *writ*, por exemplo. Entretanto, esse mesmo autor ainda aponta duas espécies de mediação: a institucional-pública e a mediação-privada-particular.

Já os autores¹²⁵ José Osmir Fiorelli, Marco Júlio Olive Malhadas Júnior e Daniel Lopes de Moraes, que igualmente entendem a mediação como solucionadora de conflitos sociais, e, nesse sentido, trabalham hipóteses de conflito e solução, nas quais definem a mediação como uma negociação *assistida* de conflitos, isto é, com auxílio de terceiro, qualificando-a como o melhor método para abordagem destes. Aponta, outrossim, que "o principal objetivo da mediação é a satisfação das partes"¹²⁶.

Novamente, a crítica quanto à definição de mediação apresentada pela doutrina resiste, em que pese o fato de que houve boa técnica destes autores em sua realização, no sentido de entenderem a mediação como uma "negociação assistida". Mas existem erros quanto à prova do argumento (discurso), no sentido objetivado pelo douto professor Tércio Sampaio Ferraz Jr.¹²⁷, pois, como poderia a mediação ser qualificada como uma "negociação assistida" simplesmente, se a "negociação" em si é aberta e tem tendência à construção de novas relações jurídicas; e a mediação, como instrumento de solução de controvérsias, existe justamente para solucionar dúvidas de relações jurídicas já existentes? Isto é, a definição

¹²⁵ FIORELLI, José Osmir; MALHADAS JR., Marcos Júlio Olive; MORAES, Daniel Lopes de. *Psicologia na mediação*. São Paulo: LTR, 2004.

¹²⁶ FIORELLI, José Osmir; MALHADAS JR., Marcos Júlio Olive; MORAES, Daniel Lopes de. *Psicologia na mediação*.

¹²⁷ *Teoria da norma*, capítulos 2 e 3.

apresentada resistiria à alegação de que toda "negociação assistida" é uma "mediação"? Se assim o for, então a mediação não é aplicada para a solução de controvérsias, ou, ainda, ela possuiria aplicação deveras ampla e, quando de seu uso como solução de controvérsia, dever-se-ia especificar que se trata da mediação como meio de solução de controvérsia, o que é até bastante razoável.

5.3. O *Dubium* como Objeto do Discurso

Juridicamente, a mediação como "mediação" só poderia ser entendida no sentido de "prevenção", como é feito quando da análise processual do *writ*, por exemplo. Entrementes, esse mesmo autor ainda aponta duas espécies de mediação: a institucional-pública e a mediação-privada-particular.

Já os autores¹²⁸ José Osmir Fiorelli, Marco Júlio Olive Malhadas Júnior e Daniel Lopes de Moraes, que igualmente entendem a mediação como solucionadora de conflitos sociais, e, nesse sentido, trabalham hipóteses de conflito e solução, nas quais definem a mediação como uma negociação *assistida* de conflitos, isto é, com auxílio de terceiro, qualificando-a como o melhor método para abordagem destes. Aponta, outrossim, que "o principal objetivo da mediação é a satisfação das partes"¹²⁹.

Novamente, a crítica quanto à definição de mediação apresentada pela doutrina resiste, em que pese o fato de que houve boa técnica destes autores em sua realização, no sentido de entenderem a mediação como uma "negociação assistida". Mas existem erros quanto à prova do argumento (discurso), no sentido objetivado pelo douto professor Tércio Sampaio Ferraz Jr.¹³⁰, pois, como poderia a mediação ser qualificada como uma "negociação assistida" simplesmente, se a "negociação" em si é aberta e tem tendência à construção de novas relações jurídicas; e a mediação, como instrumento de solução de controvérsias, existe justamente para solucionar dúvidas de relações jurídicas já existentes? Isto é, a definição apresentada resistiria à alegação de que toda "negociação assistida" é uma "mediação"? Se assim o for, então a mediação não é aplicada para a solução de controvérsias, ou, ainda, ela possuiria aplicação deveras ampla e, quando de seu uso como solução de controvérsia, dever-

¹²⁸ FIORELLI, José Osmir; MALHADAS JR., Marcos Júlio Olive; MORAES, Daniel Lopes de. *Psicologia na mediação*. São Paulo: LTR, 2004.

¹²⁹ FIORELLI, José Osmir; MALHADAS JR., Marcos Júlio Olive; MORAES, Daniel Lopes de. *Psicologia na mediação*.

¹³⁰ *Teoria da norma*, capítulos 2 e 3.

se-ia especificar que se trata da mediação como meio de solução de controvérsia, o que é até bastante razoável.

5.4 O Procedimento da Mediação Internacional como Facilitador de sua Eficácia

José Osmir Fiorelli, Marco Júlio Olive Malhadas Júnior e Daniel Lopes de Moraes, que igualmente entendem a mediação como solucionadora de conflitos sociais, e, nesse sentido, trabalham hipóteses de conflito e solução, nas quais definem a mediação como uma negociação *assistida* de conflitos, isto é, com auxílio de terceiro, qualificando-a como o melhor método para abordagem destes. Aponta, outrossim, que "o principal objetivo da mediação é a satisfação das partes"¹³¹.

Quanto à definição de mediação apresentada pela doutrina resiste, em que pese o fato de que houve boa técnica destes autores em sua realização, no sentido de entenderem a mediação como uma "negociação assistida".

Mas existem erros quanto à prova do argumento (discurso), no sentido objetivado pelo douto professor Tércio Sampaio Ferraz Jr.¹³², pois, como poderia a mediação ser qualificada como uma "negociação assistida" simplesmente, se a "negociação" em si é aberta e tem tendência à construção de novas relações jurídicas; e a mediação, como instrumento de solução de controvérsias, existe justamente para solucionar dúvidas de relações jurídicas já existentes?

Isto é, a definição apresentada resistiria à alegação de que toda "negociação assistida" é uma "mediação"? Se assim o for, então a mediação não é aplicada para a solução de controvérsias, ou, ainda, ela possuiria aplicação deveras ampla e, quando de seu uso como solução de controvérsia, dever-se-ia especificar que se trata da mediação como meio de solução de controvérsia, o que é até bastante razoável.

5.4.1. Da Não Existência de Processo

¹³¹ FIORELLI, José Osmir; MALHADAS JR., Marcos Júlio Olive; MORAES, Daniel Lopes de. *Psicologia na mediação*.

¹³² *Teoria da norma*, capítulos 2 e 3.

En Europa, la mediación familiar ha sido una solución eficaz de los conflictos familiares, tanto desde el punto de vista de la prevención como de la resolución de éstos, aplicada por los países de la Unión Europea más avanzados en políticas sociales.

5.4.2. Tempo: Momentos de Indicação do Mediador

Muy recientemente, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que ya había impulsado, años atrás, en el ámbito de la familia, soluciones alternativas a la vía judicial, en la Recomendación núm. R (98) I, de 21 de enero de 1998, sobre la mediación familiar, insta a los Gobiernos de los Estados miembros a instituirlo o, en su caso, a vigorizar la que ya tienen.

Dicha recomendación contiene una extensa exposición de motivos en la cual se formulan una serie de principios sobre la mediación que han sido debidamente recogidos en la presente Ley. Hay que destacar la atención especial que ha de tener la persona mediadora en la cuestión de saber si se ha producido violencia entre las partes o si es posible que se produzca en el futuro.

La Ley del Divorcio de 1981 constituye el primer referente legal en España que faculta a las partes para pactar los efectos de su ruptura y establecer el convenio regulador de la separación o divorcio, sin derivar la solución hacia la vía arbitral o judicial. Además, en el procedimiento que se tramita de común acuerdo, se prevé la posibilidad de que intervenga un solo Abogado o Abogada, cuya intervención, en interés de ambas partes, le reviste de un cierto carácter de componedor.

5.4.3. Modo: Da Obrigatoriedade

Juridicamente, a mediação como “medicação” só poderia ser entendida no sentido de “prevenção”, como é feito quando da análise processual do *writ*, por exemplo. Entrementes, esse mesmo autor ainda aponta duas espécies de mediação: a institucional-pública e a mediação-privada-particular.

Já os autores¹³³ José Osmir Fiorelli, Marco Júlio Olive Malhadas Júnior e Daniel Lopes de Moraes, que igualmente entendem a mediação como solucionadora de conflitos sociais, e, nesse sentido, trabalham hipóteses de conflito e solução, nas quais definem a mediação como uma negociação *assistida* de conflitos, isto é, com auxílio de terceiro,

¹³³ FIORELLI, José Osmir; MALHADAS JR., Marcos Júlio Olive; MORAES, Daniel Lopes de. *Psicologia na mediação*. São Paulo: LTR, 2004.

qualificando-a como o melhor método para abordagem destes. Aponta, outrossim, que "o principal objetivo da mediação é a satisfação das partes"¹³⁴.

Novamente, a crítica quanto à definição de mediação apresentada pela doutrina resiste, em que pese o fato de que houve boa técnica destes autores em sua realização, no sentido de entenderem a mediação como uma "negociação assistida". Mas existem erros quanto à prova do argumento (discurso), no sentido objetivado pelo douto professor Tércio Sampaio Ferraz Jr.¹³⁵, pois, como poderia a mediação ser qualificada como uma "negociação assistida" simplesmente, se a "negociação" em si é aberta e tem tendência à construção de novas relações jurídicas; e a mediação, como instrumento de solução de controvérsias, existe justamente para solucionar dúvidas de relações jurídicas já existentes? Isto é, a definição apresentada resistiria à alegação de que toda "negociação assistida" é uma "mediação"? Se assim o for, então a mediação não é aplicada para a solução de controvérsias, ou, ainda, ela possuiria aplicação deveras ampla e, quando de seu uso como solução de controvérsia, dever-se-ia especificar que se trata da mediação como meio de solução de controvérsia, o que é até bastante razoável.

5.4.4. Lugar: Considerações Gerais

A crítica quanto à definição de mediação apresentada pela doutrina resiste, em que pese o fato de que houve boa técnica destes autores em sua realização, no sentido de entenderem a mediação como uma "negociação assistida". Mas existem erros quanto à prova do argumento (discurso), no sentido objetivado pelo douto professor Tércio Sampaio Ferraz Jr.¹³⁶, pois, como poderia a mediação ser qualificada como uma "negociação assistida" simplesmente, se a "negociação" em si é aberta e tem tendência à construção de novas relações jurídicas; e a mediação, como instrumento de solução de controvérsias, existe justamente para solucionar dúvidas de relações jurídicas já existentes? Isto é, a definição apresentada resistiria à alegação de que toda "negociação assistida" é uma "mediação"? Se assim o for, então a mediação não é aplicada para a solução de controvérsias, ou, ainda, ela possuiria aplicação deveras ampla e, quando de seu uso como solução de controvérsia, dever-se-ia especificar que se trata da mediação como meio de solução de controvérsia, o que é até bastante razoável.

¹³⁴ FIORELLI, José Osmir; MALHADAS JR., Marcos Júlio Olive; MORAES, Daniel Lopes de. *Psicologia na mediação*.

¹³⁵ *Teoria da norma*, capítulos 2 e 3.

¹³⁶ *Teoria da norma*, capítulos 2 e 3.

CONCLUSÃO

Considerando todos os pontos abordados até então na presente dissertação, em especial os relativos às bases de constituição da teoria geral da Mediação e dos conceitos expostos de mediação para as partes e para os advogados, mister que se verifique a então o resultado do presente trabalho, no sentido de atender às expectativas de investigação propostas.

Analisando então a mediação como instituto jurídico, partindo do conceito objetivo da Teoria Geral do Direito e considerando a análise do sistema normativo brasileiro, no qual, apontados a natureza jurídica, o conceito e o objeto da mediação, conclui-se pela proposta de cláusulas contratuais e metodologia que permitam sua eficaz utilização conforme as exigências do mercado internacional.

Inicialmente, necessário se faz explicar a razão do tema: a mediação é uma técnica considerada moderna, mas que de fato existe há milênios e apresenta soluções que atendem às necessidades de brevidade, de segurança, de sigilo, de técnica e, mais importante, efetivamente atinge altos índices de êxito, como se demonstrará oportunamente.

Assim, iniciou-se uma ampla pesquisa em relação à mediação como fenômeno do Direito. Restou claro que existe amplo campo de pesquisa para o desenvolvimento da mediação e de outras formas de soluções privadas de controvérsias.

Neste trabalho, justamente por se entender a mediação como um instituto da ciência do Direito¹³⁷, portanto instituto puramente jurídico e técnico, buscou-se analisar as técnicas de mediação, comparando-se todas no sentido de se identificar eventual condição *sine qua non* de aplicação multidisciplinar de técnicas, quando da realização de uma mediação, o que igualmente geraria a necessidade de um estudo multidisciplinar.

Cabe lembrar que as relações internacionais privadas são realizadas por pessoas naturais que exercem função privada definida e que representam empresas, grupos ou conglomerados econômicos, os quais, por sua vez, possuem acionistas, sejam estes dois, dez, um apenas ou milhares. Com efeito, essas pessoas não podem, em uma mediação ou em qualquer acordo, simplesmente dispor dos bens que lhes foram confiados sem justificativas concretas, lógicas, jurídicas, econômicas ou financeiras¹³⁸.

¹³⁷ Como também se demonstrará.

¹³⁸ Estas últimas fornecidas pelos técnicos de cada empresa que necessitar de tais dados.

Essas justificativas têm por base informações do negócio *ex facto* e do *negocium* jurídico do qual a dúvida se originou; isto é: as informações envolvem desde o contrato internacional que resumiu e concretizou juridicamente a operação internacional até questões fenomenológicas eventualmente questionadas, como a entrega ou não de um bem no prazo e momento corretos, as emissões de notas fiscais e de notas de embarque consoante lei e contrato acordado, entre outras análises de procedimentos, às vezes necessárias, para o devido andamento do negócio.

Entretanto, vislumbra-se a mediação familiar, psicológica. Essa trabalha com questões interiores, de relacionamento pessoal geralmente não relacionadas exclusivamente à pecúnia. A mediação familiar que se demonstra efficientíssima e muito mais humana do que um julgamento estatal – por mais qualificado e humano que este busque ser – envolve fatores e vetores não técnicos nos sentidos matemático ou lógico.

Ainda, pode-se igualmente vislumbrar a necessidade do uso da psicologia em lides de pequenos valores, principalmente quando houver envolvimento de amigos, familiares ou conhecidos.

A diferença principal das duas mediações é que, na primeira, empresarial internacional, as pessoas naturais em dúvida representam terceiros; na segunda, as pessoas naturais em dúvida lá estão *per si*. Também, a mediação das relações econômicas internacionais envolve questões exclusivamente técnicas, sejam estas a análise objetiva de um complexo contrato ou as exigências de um fabricante de aviões sobre o uso ou não do reverso na realização de pousos.

Não restam dúvidas de que, pela leitura e interpretação de um contrato ou de um manual, perceber-se-á se houve culpa e a quem esta pertence. Por mais que a interpretação da língua escrita possa gerar outras indagações, ela é objetiva, e não subjetiva, como é o *ego* ou o *alter ego* das pessoas¹³⁹.

Portanto, a psicologia, em hipótese alguma, poderia ser considerada hábil para atender as demandas¹⁴⁰ de mercado no sentido de se solucionar controvérsias. *Discorda-se em absoluto da mediação como uma sessão conjunta de psicanálise.*

¹³⁹ A Pirâmide de Maslow, precursor do movimento humanista da psicologia, é um bom exemplo de necessidades atinentes ao ser humano aqui entendidas como possibilidades de geração de novos problemas e falta de objetividade.

¹⁴⁰ Mister esclarecer que no livro *Getting to YES*, Roger Fischer, Willian Ury and Bruce Patton esclarecem que a psicologia deve ser utilizada para restabelecer uma negociação objetiva, isto é, ao negociar o valor de uma empresa, contabilizar-se-ão seus ativos e passivos e não o valor emocional que a empresa tem para o proprietário ou fundador. Esse valor emocional deve ser lidado, aí sim, com a psicologia, ou seja, suspender-se-ão as negociações e quando a parte ‘melhorar’ de seu problema emocional, todos devem voltar a conversar sobre o negócio objetivamente.

A mediação que se pretende estudar e desenvolver neste trabalho pode até contar com a colaboração de mediadores que tenham, na aplicação de sua técnica, noções ou conhecimentos de psicologia. A mediação nas relações econômicas internacionais deve ser criteriosa, concreta e objetiva, afastando-se da mediação familiar, em que o conhecimento psicológico realmente poderá ser condição *sine qua non* de solução de controvérsia, mais do que eventuais argumentações objetivas.

Outra questão que se quer esclarecer a priori: as diferenças existentes entre a mediação e a conciliação, nesse mesmo sentido, são bastante nítidas. Na mediação, o mediador não pode sugerir soluções; na conciliação, o conciliador poderia sugerir soluções. Assim, no primeiro caso, claramente vinculado à psicanálise em grupo, o mediador deveria conduzir a mediação até que as partes se entendessem. Entretanto, na segunda hipótese, a doutrina multidisciplinar geralmente aponta que o conciliador poderia “se *intrrometer* na relação das partes” para solucioná-la – como se isso fosse ruim. Reitera-se: são metodologias ótimas para casos de dúvidas ou lides em família.

Sem ingressar ainda no mérito do significado de cada palavra, que será feito adiante, entende-se a mediação como o gênero do ato de “intermediar dúvidas em relações visando a seu esclarecimento”. Assim, a mediação sequer trabalhará com lides, mas com “dúvidas”. Ela não trabalhará, portanto, com apontamentos de culpa ou dolo.

A solução da controvérsia é o foco da mediação e os meios pelos quais esta buscará referida solução, desde que técnicos e lícitos, não serão objeto de estudo. Por exemplo, suponha-se que fora contratada uma mediação na qual o mediador nela interferisse; em última análise, ela poderia ser declarada nula de pleno direito e Assim não atingiria seu sucesso e efetividade.

Desta feita, por meio da técnica interpretativa utilitarista do Direito, há o objetivo de se criar soluções de controvérsias empresariais efetivas, e não sessões de terapia em grupo.

Assim, além do já mencionado, a mediação abordará exames de linguagem em razão das cláusulas contratuais que obrigarão as partes concretamente a buscar entendimentos – mas não necessariamente a concluí-los. Dessa forma, serão estudadas as cláusulas contratuais necessárias à constituição e ao desenvolvimento de uma mediação, no sentido de se estabelecer funções, ações e regras prévias à realização desta.

Com efeito e com base em estudos de terceiros, analisar-se-ão a estrutura básica da comunicação, que se dá por emissor, receptor e mensagem, e também o estudo da mensagem do ponto de vista lingüístico, por meio da semiótica (sintática, semântica e pragmática), e,

frise-se, no sentido de se interpretar e entender contratos objetivamente e não para que se possa inferir qualquer questão psicológica da discussão que envolve a dúvida.

Ainda existe necessidade crescente nas relações econômicas, em especial nas internacionais, de garantia do cumprimento de contratos – independentemente dos ordenamentos jurídicos em que as empresas estão instaladas. No Brasil, mesmo na hipótese de os contratantes internacionais desejarem definir o Judiciário de um de seus países, a vontade das partes poderia ser ignorada, pois o sistema jurídico brasileiro, assim como os sistemas jurídicos de diversas outras nações, deve respeitar os elementos de conexão internamente definidos¹⁴¹ e, segundo as prescrições normativas internas ou externas internacionais, apontar um único ordenamento jurídico para julgar um contrato (Frankstein; Teoria Gravitacional e outras) ou um ordenamento jurídico para cada obrigação contratada (*dépeçage*).

Ademais, há inúmeras críticas aos Poderes Judiciários ao redor do mundo e nenhuma delas é recente.

Independentemente do mérito que envolve cada posição crítica, é fato que há delonga e erros na prestação da tutela jurisdicional em todo o mundo. Afinal, o Direito é uma ciência humana, desenvolvida e aplicada pelo Homem em face do Homem, e, diante disso, é falível.

Nesse sentido, a experiência judiciária brasileira demonstra que a falta de segurança jurídica pela influência política e pelo não apego às premissas rígidas das leis e dos contratos privados, somada à escassez de recursos humanos para uma melhor e mais breve prestação do serviço jurisdicional, é um claro risco ao desenvolvimento de negócios privados no país.

Conclui-se, portanto, que a dissertação atingiu seu objetivo enquanto prova da exigência legal e deontológica em relação aos hermeneutas, que requeiram de seus clientes a boa fé no sentido de que estes dirijam-se à mediação para efetivarem seu dever contratual e legal de cidadãos, mas não ferindo o direito constitucional de acesso ao Judiciário.

¹⁴¹ Inclusive, por essa razão, o Professor Heleno Tôrres os denomina Critérios de Conexão.

REFERÊNCIAS

1ª CORTE de Conciliação e Arbitragem – Comercial, Industrial, Agropecuário, cooperativista e Serviços. ANEXO II.

ABRAGANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo. Mestre Jou, 1982.

ÁLVAREZ, Gladys S.; HIGHT, Elena I.; JASSAN, Elías. *Mediación y Justicia*. Argentina: Depalma, 1996.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional*. São Paulo: Edições Aduaneiras e LEX Editora S/A, 2004.

ARAÚJO, Nadia. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2004.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BAGWELL, Kyle; STAIGER, Robert. *The economics of the World Trading System*. London, England: The MIT Press, 2003.

BRASIL. *Lei n. 11.232*, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23. set. 2007.

BEVILÁQUA, Clovis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1934.

BYERS, Michael. *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*. New York: Oxford University Press, 2000.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation*. [S.l.]: Jossey Bass, 2004

CALMON FILHO, Petrônio. *Mecanismos para a obtenção da autocomposição civil e penal*. (Tese de Doutorado). 2005. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Apostila de filosofia do direito I: lógica jurídica*. São Paulo: PUC, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CÓDIGO de Ética e Disciplina da OAB. *Diário da Justiça*, seção 1, p. 4.000-4.004, 1 mar. 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Lógica Jurídica: uma introdução*. São Paulo: EDUC, 1992.

- COOLEY, John W. *A Advocacia na Mediação*. Tradução de René Loncan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- COPI, Irwing. *Introdução à lógica*. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1981.
- COSTA, Nilton César Antunes da. *Efeitos processuais da convenção de arbitragem*. Campinas/SP: Servanda, 2006.
- CRETTELLA JÚNIOR, J. Curso de Direito Romano. 22. ed. Rio de Janeiro, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. São Paulo: RT, 2002.
- ENCICLOPÉDIA Brasileira Mérito. São Paulo: Mérito, 1959. v. 11
- EPPINGER, Elis Regina Takada. *A arbitragem como método viável de solução de conflitos: implicações da natureza jurídica contratual- jurisdicional da arbitragem*. (Tese de Doutorado). 2001. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2001.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.
- FIORELLI, José Osmir; MALHADAS JR., Marcos Júlio Olive; MORAES, Daniel Lopes de. *Psicologia na mediação: inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais*. São Paulo: LTR, 2004.
- FISHER, Roger; URY, William. *Getting to Yes: negotiating agreement without giving in*. 2nd ed. United States of America: Penguin Books, 1991.
- FOUCAULT, Michel. *As verdades e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim de Moraes. Rio de Janeiro: PUC, [1996?]. Caderno 16.
- GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. United States of America: Ohio State University Press, 1970.
- GOMES, Orlando. *Direito econômico e outros ensaios*. Salvador: Distribuidora de Livros Salvador Ltda., 1975.
- GUASTINI, Ricardo. *Le fonti Del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993.
- GUIBOURG, Ricardo. *El fenómeno normativo*. Buenos Aires: Astrea, 1986.
- GUIBOURG, Ricardo. *Pensar em las normas*. Buenos Aires: Eudeba, 1999.
- GUIBOURG, Ricardo. *Provocaciones em Torno Del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2002.
- GUIBOURG, Ricardo; GUIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. *Introducción AL Conocimiento Científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1985.
- HALL, Rodney Bruce; BIERSTEKER, Thomas J. *The Emergence of Private Authority in Global Governance*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2002.
- HERDEGEN, Mathias. *Derecho Internacional Público*. México: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.
- HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys S. *Mediación para Resolver Conflictos*. 2. ed. Argentina: AD-HOC S.R.L., 1996.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Eletrônico*. Versão 1.0. Rio de Janeiro: Objetiva, dez. 2001

JORNAL *Academia do Direito*, São Paulo, ano 1, maio 2007. Edição inaugural.

KELLER, Vicente; BASTOS, C. L.. *Aprendendo lógica*. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEITE, Luciano Ferreira. *Interpretação e discricionalidade*. São Paulo: ECS Editora, 2006.

MEDIACIÓN y Conciliación. Ley 24.573. Sancionada El 4/10/95; promulgada El 25/10/95.

MELLO, João Baptista de.; NETO, Souza. *Mediação em juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo*. São Paulo: Atlas, 2000.

MONTORO, Franco. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: RT, 1981.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

NEUMANN JR., Richard k. *Legal Reasoning and Legal Writing: Structure, Strategy, and Style*. 3rd ed. United States: Aspen Law & Business, 1998.

PEREIRA, Bruno Yepes. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAITANI, Francisco. *Prática de processo civil*. São Paulo: Saraiva, [19--].

RAITANI, Francisco. *Prática de processo civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1971.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: Teoria e Prática*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REVISTA de Direito Internacional e Econômico. Porto Alegre: Síntese/INCE, v. 2, n. 8, Jul./Ago. 2004.

REVISTA de Direito Internacional e Econômico. Porto Alegre: Síntese/INCE, v. 2, n. 6, Jan./Mar. 2004.

SALES, Lília Mais de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. *Novos paradigmas em mediação*. Porto Alegre: Artmed, 1999.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *O poder reformador na Constituição Brasileira de 1988: e os limites jurídicos às reformas constituições*. São Paulo: RCS, 2006.

SIROËN, Jean-Marc. *Relations économiques internationals*. Paris: Bréal, 2002.

SIX, Jean- François. *Dinâmica da mediação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRASSER, Freddie; RANDOLPH, Paul. *Mediation: a Psychological Insight into Conflict Resolution*. London, NY: Continuum International Publishing Group Ltd., 2004.

- TOMÉ, Fabiana Del Padre. *Teoria morfológica, sintática e semântica da prova e sua pragmática no processo administrativo tributário federal*. Doutorado em Direito Tributário. 2005. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.
- TORRES, Heleno Tavera. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elisão tributária*. São Paulo: RT, 2003.
- TRANSNATIONAL Corporations. 3. ed. França: United Nations, 2002. v. 11.
- VADEMECUM. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1971.
- VIDIGAL, Geraldo Camargo de. *Teoria geral do direito econômico*. São Paulo: RT, 1977.
- VIEIRA, Rosa Maria. *O juiz de paz, do império a nossos dias*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.
- VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi e IBET, 2003.
- VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005.
- VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema no direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)