

**INTRODUÇÃO À ANÁLISE ECONÔMICA
DO PROCESSO CIVIL (I) -
*OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO
DE CONTROVÉRSIAS***

Flavio Galdino

1. Introdução e plano do estudo. 2. Premissas relevantes. 3. Economia às escuras. 4. Pensando economicamente. 5. Conclusões. 6. Bibliografia. 7. Notas. 8. Anexo.

1. Introdução e plano do estudo

Assim como os demais fenômenos jurídicos, por evidente, também o processo pode ser analisado através de instrumentos teóricos econômicos. Na verdade, podendo ser objeto de análise sob diferentes prismas – antropológico, sociológico etc. – uma das perspectivas através das quais o processo pode ser estudado é a econômica¹.

Ao contrário do que se dá em outros países, notadamente nos Estados Unidos da América – onde o presente trabalho encontrou fontes –, esse tipo de perspectiva ainda não é valorizado no Brasil – talvez, permita-se a conjectura, seja uma perspectiva ainda não muito bem compreendida.

Por evidente, o presente estudo, ao mesmo tempo em que se serve de literatura e exemplos estrangeiros, não ignora os riscos desse tipo de importação, eventualmente a-crítica e asistemática, tentando evitá-los através da utilização de exemplos e modelos em que as diferenças locais não sejam ressaltadas ou relevantes.

Deveras, tendo em vista o desenvolvimento dessa matéria no direito norte-americano e a quase completa ausência de estudos no País, a *comparação* com institutos e fenômenos daquele sistema pareceu ser o melhor caminho para introduzir o tema, até porque há muito em comum entre os dois sistemas processuais².

Na verdade, em qualquer parte, a análise econômica fornece, pelo menos, duas importantes linhas de compreensão para o processo civil.

Com efeito, a análise econômica pode auxiliar estrategicamente o comportamento dos litigantes em um dado processo, eis que fornece projeções de riscos, custos e benefícios eventuais, que moldam os respectivos comportamentos.

Além disso, a análise econômica pode ajudar a compreender melhor o comportamento dos agentes envolvidos no processo civil, permitindo o desenvolvimento normativo de novos e, se possível, eficientes modelos procedimentais.

No presente estudo, tendo em vista a existência de vários (ante) projetos de leis apresentados ao Congresso Nacional³ versando sobre mediação, pareceu oportuno introduzir a análise econômica do processo através da temática dos métodos alternativos de solução de controvérsias, especificamente da mediação.

Para tanto, o estudo é sistematizado nos seguintes termos. Na parte seguinte (item II), cuida-se do estabelecimento de noções relevantes para o estudo que se segue, estabelecendo-se alguns conceitos elementares e fornecendo um panorama da normativa projetada acerca da instituição e promoção de um sistema de solução de controvérsias por intermédio da mediação.

Na terceira parte (III), através de exemplos, cuida-se das referências intuitivas (muitas vezes equivocadas) de supostos instrumentos econômicos aplicados na seara jurídica.

Na quarta parte (IV), são analisadas algumas nuances do principal projeto legislativo em curso acerca da mediação. Ao final (item V), são sintetizadas algumas conclusões.

2. Premissas relevantes

2.1. Estabelecendo conceitos simples

Tendo em vista as análises posteriores, é necessário previamente estabelecer o sentido de algumas noções acerca de métodos de solução de controvérsias e das suas respectivas etapas.

Para permitir um padrão comparativo seguro, já que são utilizadas referências ao direito estrangeiro, parece importante eliminar diferenças procedimentais, notadamente as sutis, estabelecendo fases extensas e indiferentes ao tipo de procedimento técnico empregado para cada tipo de litígio⁴.

Assim sendo, considera-se aqui uma divisão do “processo” (ou melhor, do litígio) em três fases: (I) A primeira fase inicia-se com o fato que dá origem ao litígio e vai até o momento em que o demandante opta por provocar uma solução não-cooperativa (normalmente, promover uma ação judicial); (II) a segunda fase inicia-se com a “propositura da ação” e finda com o respectivo julgamento; e (III) a terceira fase pode ser discriminada como aquilo que ocorre após o julgamento (interposição de recursos, por exemplo).

Assim, por exemplo, imagine-se um litígio decorrente de um contrato, ou melhor, do inadimplemento contratual. A divisão proposta observaria a seguinte delimitação: (I) a primeira fase inicia-se com o fato de inadimplemento contratual e vai até o momento em que o demandante protocola a sua petição inicial; (II) a segunda fase inicia-se com a propositura da ação e termina com a sentença; e (III) a terceira fase pode ser indicada como a efetivação/execução do julgado pela parte vencedora.

Por outro lado, pode-se pensar a solução de controvérsias através de dois métodos centrais, a saber, (I) soluções cooperativas e (II) soluções não-cooperativas (ou impositivas)⁵.

Considera-se cooperativa uma solução quando as partes são capazes de alcançar a solução da controvérsia por si próprias, através de negociação, aí compreendido, por evidente, o trabalho dos seus advogados, o qual, contudo, não se mostra indispensável para a solução⁶. A solução ainda é considerada cooperativa quando as partes se valem do auxílio de um especialista em composição de controvérsias (de um mediador, por exemplo).

Considera-se impositiva uma solução quando esta provém de um ato de um terceiro estranho ao litígio, ato esse que é dotado de força impositiva e vincula as partes, sendo eventualmente, se for o caso, coativamente imposto pelo Estado⁷.

Para essa classificação que se vem expor, não é relevante saber se a solução é judicial ou extra-judicial⁸. Uma conciliação judicial, ainda que dirigida pelo juiz togado, não é uma solução impositiva – ao revés, é uma solução cooperativa – obtida após a “propositura da ação”. Da mesma forma, não é relevante saber se o julgamento provém de um órgão estatal ou de um órgão não-estatal (um árbitro privado, por exemplo) – a decisão arbitral, tanto quanto a decisão estatal, é uma decisão não-cooperativa (embora possa ter havido um acordo entre as partes em litígio quanto à instituição da arbitragem).

Compreende-se aqui a mediação como um método cooperativo de solução de controvérsias, através da qual um terceiro *neutro* estimula as partes a encontrarem uma solução para o conflito⁹.

A mediação seria, assim, uma espécie qualificada de conciliação. A conciliação é o procedimento através do qual as partes buscam a composição para evitar o litígio. A mediação difere-se por existir um terceiro (presumivelmente especializado e imparcial) que promove a conciliação.

Para os fins deste estudo, cuida-se da mediação em dois momentos distintos¹⁰, a saber: (I) a mediação *ex ante* e (II) a mediação *ex post*. A mediação *ex ante* é aquela realizada na primeira fase do litígio, em qualquer momento entre o fato que origina o litígio e a “propositura da ação”. A mediação *ex post* é aquela realizada após a “propositura da ação” (já incluída a fase posterior ao julgamento).

Anota-se ainda aqui a diferença entre a (I) mediação de facilitação e a (II) mediação de avaliação¹¹. Em ambos os casos, o mediador promove tentativas de conciliação entre as partes, otimizando o intercâmbio de informações e projetando soluções. A diferença estaria em que o mediador avaliador seria contratado para emitir uma espécie de parecer (não vinculativo ou impositivo, diferentemente do que ocorreria com um árbitro) acerca da mais adequada solução para o litígio (se for o caso, quantificando determinado valor para o acerto).

Por fim, entendem-se aqui como *custos de transação* (*transaction costs*), todo e qualquer custo diverso daquele referente à obrigação principal – esses custos também poderiam ser chamados custos operacionais. Além do custo do bem que seja objeto de um negócio, há vários outros, como seja o custo para encontrar um contratante, para celebrar o negócio etc. Os mais expressivos custos operacionais dizem respeito à implementação anormal do negócio, muito especialmente da implementação judicial do negócio.

Normalmente, esses custos não recebem atenção especial do estudioso do direito. Em uma análise econômica, via de regra, esses custos não podem ser desprezados, sob pena de comprometerem-se os resultados.

2.2. O (ante)projeto de Lei sobre mediação

Malgrado haja vários anteprojetos e projetos de Lei sobre métodos alternativos de solução de controvérsias em geral e sobre mediação em especial, a proposta mais recente e consistente parece ser a apresentada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) – neste passo acompanhado da Escola Nacional de Magistratura¹².

O Instituto, que vem sendo responsável pela reforma do direito processual civil brasileiro nos últimos quinze anos¹³, elaborou mais um projeto, desta feita acerca da mediação.

Conforme o texto projetado transcrito no apêndice deste estudo, define-se a mediação paraprocessual como um mecanismo consensual de solução de controvérsias, que tem como objetivo a pacificação dos litigantes e a busca do acordo, por meio da atuação do mediador (art. 1º do Projeto).

Nos termos do Projeto, são estabelecidos dois tipos de mediação: (I) a mediação prévia e (II) a mediação incidental.

A mediação prévia é facultativa (art. 2º do Projeto). Se bem sucedida, a transação obtida através da mediação prévia constituirá título executivo extrajudicial (art. 1º, § 2º do Projeto), ou poderá ser levada à homologação judicial, hipótese em que terá eficácia de título executivo judicial (art. 1º, § 3º do Projeto).

Ainda nos termos do Projeto, a tentativa de mediação incidental é obrigatória no processo de conhecimento (art. 5º do Projeto) – também chamada mandatória¹⁴ –, ressalvadas as hipóteses listadas nos incisos do mesmo dispositivo (*verbi gratia*, ação em que litiga incapaz, falência ou concordata, ações de estado etc.) – o que não significa que nessas causas o juiz esteja impedido de tentar conciliar as partes.

O Projeto refere-se expressamente à avaliação neutra de terceiro (art. 21 do Projeto) – aqui designada como mediação avaliativa –, ressaltando o seu caráter não vinculativo e a sua finalidade de orientação na tentativa de composição amigável.

Embora o procedimento (em ambos os casos) seja desimportante para os fins do presente estudo, insta salientar que, embora obrigatória a realização de uma sessão incidental de mediação, prévia mesmo à defesa do réu (art. 6º do Projeto), não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação e o processo seguirá seu curso normal (art. 8º § 2º do Projeto).

Aparentemente o Projeto em referência não foi feliz em relação a vários pontos relevantes, verificando-se mais preocupação com o resguardo da posição quase monopolista dos advogados no processo de mediação¹⁵ (a nosso juízo, com todas as vênias, injustificável¹⁶) – que atuarão também na qualidade de mediadores – do que com outras questões mais relevantes sobre a mediação propriamente dita, como a eventual confidencialidade¹⁷ e o intercâmbio de informações, por exemplo.

É da tradição nacional que os operadores do direito entendam-se antes como parte da solução do que como parte do problema¹⁸. Mas essa crítica refoge ao objeto do presente estudo.

3. Economia às escuras.

3.1. O impressionismo jurídico

Tem sido comum a tentativa de implementar no País métodos alternativos de solução de controvérsias, referindo-se a expressão norte-americana *alternative dispute resolution* (ADR). Embora com ênfase em litígios civis, também em sede criminal esses métodos vêm ganhando espaço¹⁹.

Em 1994, por exemplo, o legislador fez incluir no Código de Processo Civil uma regra (art. 331) estabelecendo a *obrigatoriedade* da realização de audiência de conciliação no curso do procedimento ordinário (o mais *comum* dos procedimentos judiciais).

Evidentemente, o objetivo central do legislador ao modificar o procedimento de molde a fazer com que as partes compareçam a uma sessão onde haveriam de ser submetidas a técnicas de conciliação, é evitar a necessidade de um julgamento e de uma solução impositiva²⁰, que é “presumida” como sendo mais demorada e custosa.

Cuida-se de uma premissa adotada pela mais vigorosa linha de pesquisa em evidência no direito processual civil brasileiro – o chamado movimento de acesso à justiça. Desde a obra seminal de MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH²¹, que exerceu e exerce notável influência entre nós²², sustenta-se que o estímulo – notadamente o legislativo – aos meios alternativos de solução de controvérsias promove o acesso à justiça.

Uma das premissas mais comuns que permitem essa conclusão pode ser formulada de modo simples. Existe um excesso de litigiosidade que não é passível de integral e adequada absorção pelo sistema judiciário oficial – a chamada litigiosidade contida – que gera insegurança nas relações sociais.

A seu turno, mesmo sem absorver adequadamente os conflitos, o Poder Judiciário fica sobrecarregado de trabalho e não dispõe de meios de oferecer prestações efetivas em tempo breve e a custo acessível. Sustenta-se que os meios alternativos de solução de conflitos, além de absorverem parcela considerável daquela litigiosidade contida, melhorariam as condições de trabalho do Poder Judiciário na medida em que diminuiriam o número, o custo e o tempo de duração dos processos.

É exemplo emblemático dessa nova forma de ver e pensar a solução de litígios, o chamado compromisso ou termo de ajustamento de conduta, instrumento de solução negociada de conflitos na órbita da tutela coletiva dos direitos. Fala-se mesmo em um *princípio da aplicação negociada das normas jurídicas*²³.

Lamentavelmente, no direito brasileiro, ainda não são feitos e/ou divulgados estudos estatísticos confiáveis acerca dos resultados alcançados por essas medidas legislativas, de modo que as nossas análises quanto ao sucesso ou insucesso delas, via de regra, baseiam-se no mais sincero *impressionismo jurídico*²⁴.

Igualmente, não são realizados estudos prévios com projeções acerca da operatividade dessas medidas. Na verdade, inexistem realmente estudos que permitam antever os resultados que podem ser alcançados por determinadas medidas projetadas.

Neste mister, a análise econômica pode fornecer valioso instrumento metodológico de trabalho que permita estabelecer alguma espécie de projeção sobre o desempenho eficiente ou não de determinadas medidas.

3.2. Os (supostos) estímulos econômicos às soluções alternativas

No mais das vezes, o legislador pensa economicamente – quando cuida de tributos, por exemplo – mas o operador do direito tem dificuldade em formular as premissas econômicas em linguagem jurídica eis que, como já se disse, advogados e economistas falam línguas diferentes²⁵. Com o processo judicial, contudo, em sua maior parte, a racionalidade econômica sequer é considerada, sendo raras as situações em que prevalece – o que ocorre eventualmente e de modo intuitivo.

Na verdade, tradicionalmente, o processualista opta por ignorar completamente o espectro econômico das medidas legislativas e judiciais, legislando-se sob a égide de outro tipo de influência. Esse modelo, evidentemente insatisfatório, vem sendo revisto.

De algum tempo a esta parte, alguns elementos econômicos serviram para dirigir o desenvolvimento de alguns aspectos de *recentes* modelos processuais. Dois exemplos podem ser ilustrativos: (I) o procedimento monitorio e (II) os recursos no procedimento dos juizados especiais cíveis. Assim:

(I) No procedimento monitorio, estimula-se o adimplemento “espontâneo” da obrigação, que é objeto do processo, através da dispensa do pagamento de despesas processuais (*rectius*: custas e honorários advocatícios), o que não ocorre se o demandado apresenta defesa (os embargos previstos no CPC, art. 1102c)²⁶;

(II) Já no procedimento dos juizados especiais, inexistente despesa processual *ab initio* e, se a parte conforma-se com o resultado do processo, fica efetivamente dispensada dessas despesas (ressalvada a hipótese de comporta-

mento desleal); no caso de interposição de recurso pela parte sucumbente, além dos ônus financeiros atinentes ao recurso, a parte deverá arcar também com os ônus financeiros do procedimento “em primeira instância” (Lei 9099/95, art. 54)²⁷.

Esses quase intuitivos expedientes econômicos foram implementados sem que tivesse sido previamente estudado – sob o prisma da economia – a eficiência das medidas. Da mesma forma, até onde foi possível pesquisar, inexistem estudos acerca dos resultados obtidos.

A fim de informar o debate, a idéia do presente estudo é a de analisar economicamente a proposta legislativa que visa instituir a mediação prévia obrigatória entre nós.

4. Pensando economicamente.

4.1. O processo como espaço para defesa de interesses pessoais.

A análise econômica do direito, malgrado as inúmeras críticas dirigidas, assume como premissa elementar e fundamental a idéia de que as pessoas são maximizadoras racionais de seus próprios interesses. Neste sentido, os atos das pessoas são dirigidos teleologicamente à maximização dos seus interesses (egoisticamente considerados).

Parece evidente que essa premissa não é verdadeira para toda e qualquer situação²⁸. Todavia, em inúmeras situações, essa premissa permite a construção de um modelo de análise dos comportamentos suficientemente próximo da realidade.

Na verdade, a economia opera com modelos através dos quais pretende descrever os comportamentos reais das pessoas. E, no caso dos conflitos intersubjetivos, especialmente dos conflitos que chegam ao clímax de um processo judicial, aquela premissa parece descrever de modo satisfatório o comportamento real das pessoas²⁹.

Com efeito, no processo judicial, respeitados limites éticos e procedimentais, as pessoas atuam como maximizadoras dos seus interesses pessoais. A premissa, então, é a de que as pessoas efetuam cálculos de custo e benefício para decidirem se farão acordos, se distribuirão ações em busca dos direitos que pensam ou afirmam possuir, se recorrerão em face de decisões que lhes sejam desfavoráveis etc.

Imagina-se, então, para fins de justificação do método empregado, que as pessoas atuam racionalmente, visando a maximizar os seus resultados.

4. 2. Os componentes da análise dos litigantes: as informações

Para que as pessoas possam maximizar os seus resultados nos litígios, dependem fundamentalmente da racionalização (económica) das suas expectativas. Precisam conhecer na maior medida possível, as circunstâncias dos litígios. Em síntese, a análise racional, especialmente a análise económica³⁰, depende do acesso dos litigantes à informação.

Assim, a disponibilidade da informação é uma premissa fundamental para a análise racional, notadamente sob o prisma económico. Precipualemente em se tratando de litígios.

Com efeito, a maioria dos países ocidentais assume como premissa, especificamente para o processo judicial (e isso vale eventualmente para outros métodos não-cooperativos de solução de litígios), que o juiz há de ser um terceiro estranho ao litígio, a fim de assegurar-se um julgamento justo – para o que seria indispensável a imparcialidade do julgador. Nesse contexto, o domínio da informação é relevante não apenas para a análise prospectiva dos resultados, mas também para a *construção* da verdade processual.

Na verdade, normalmente, os litígios somente existem porque os litigantes possuem informações incompletas. Se ambos (*rectius*: todos) os litigantes dispusessem sempre de todas as informações necessárias às análises de riscos, custos e benefícios, teriam condições de prever com excelente grau de acerto as soluções dos litígios, evitando-os. Mas, as informações não são dominadas de modo completo pelos litigantes.

Assim, de posse das informações disponíveis, o litigante poderá, por exemplo, efetuar estudos probabilísticos quanto às suas possibilidades de êxito ou insucesso.

Merece destaque especial neste passo a teoria dos jogos (*game theory*), que pretende desenvolver modelos de análise de comportamentos estratégicos em situações nas quais as informações dos interessados são incompletas, simplificando as situações de molde a poder descrevê-las através de modelos económicos³¹.

O exemplo clássico é o da escolha dos prisioneiros (também chamado *dilema dos prisioneiros*). A situação é idealizada: imagine-se duas pessoas presas, que são *sabidamente* culpadas da prática de um delito e que serão apenas (economicamente, a pena é uma espécie de *payoff* negativo³²). São colocadas várias possibilidades, que dependem dos comportamentos e escolhas dos acusados.

Se não for obtida confissão de nenhum dos acusados, a pena máxima passível de ser aplicada para cada um deles é de quatro anos de reclusão. O magistrado sentenciante, de molde a obter uma confissão ou uma delação, coloca os prisioneiros em celas separadas e isoladas, impedindo qualquer forma de contato entre eles. Assim, o magistrado oferece um *acordo*. Se o acusado confessar o crime e delatar o comparsa, receberá uma pena de dois anos de reclusão; nesse caso, o comparsa delatado receberá uma pena de oito anos de reclusão.

Conjugando-se as opções, tem-se que: (I) se ambos confessam e delatam, cada um cumprirá oito anos de prisão; (II) se um confessa e delata o outro e o outro silencia, o primeiro será sentenciado a dois anos de prisão e o outro a oito anos de prisão; (III) se ambos silenciam, cada um cumprirá quatro anos de pena. Qual é o melhor comportamento para cada prisioneiro?³³

A resposta *certa* para o caso proposto é pouco importante aqui³⁴. O que nos importa é verificar que o resultado depende sempre do comportamento do outro prisioneiro e, na hipótese, nenhum dos dois possui conhecimentos suficientes sobre o que o outro fará.

De um lado, busca-se a construção de uma estratégia dominante, isto é, que seja ótima independentemente do comportamento do oponente³⁵.

Por outro lado, de acordo com a teoria de Nash – *the Nash equilibrium* –, *the combination of strategies that players are likely to choose is one in which no player could do better by choosing a different strategy given the strategy the other chooses. The strategy of each player must be a best response to the strategies of the other*³⁶ – o que significa que o jogador adota o comportamento ótimo em relação ao comportamento do oponente (o melhor diante daquilo que o oponente está fazendo).

E as estratégias podem tornar-se mais sofisticadas em se tratando dos chamados *jogos repetitivos*³⁷, pois aí ocorre a possibilidade de influências recíprocas entre os comportamentos anteriores dos oponentes.

O que se pretende salientar é a correlação necessária e a interdependência entre os comportamentos, de tal modo que os agentes não podem escapar à influência recíproca. A solução certamente seria simplificada se cada agente conhecesse previamente a posição e a opção do outro. Mas tal informação simplesmente não existe. E também inexistente o controle acerca da opção escolhida pelo oponente.

Essa situação revela – em termos ideais – um conflito de interesses. As mesmas análises econômicas que auxiliam na solução desse dilema podem ser úteis no processo civil. E um dos problemas centrais dos litigantes é justamente o domínio insuficiente da informação acerca da situação e do comportamento do outro litigante.

Com efeito, partindo-se da premissa de que as pessoas comportam-se de modo racional, alguém que se saiba perdedor em algum litígio, somente ingressaria nele se adotasse comportamento irracional. Mas, como diz o verso popular, “ninguém joga para perder...” Dessa forma, sob o aspecto que se pretende enfatizar, o insucesso decorre do domínio incompleto das informações relativas ao caso e ao comportamento do adversário.

Não se diga que esse tipo de análise só acontece em situações sofisticadas. Conforme já se demonstrou, este raciocínio lastreado na racionalidade econômica é útil para descrever até mesmo os processos de solução de litígios nas sociedades primitivas³⁸.

Na verdade, do ponto de vista econômico, é um dado da realidade que o processo torna-se mais custoso na medida em que os litigantes e o juiz passam a trocar informações – o custo nessa hipótese é diretamente proporcional à ignorância inicial. Quanto mais custoso e demorado o procedimento para obtenção de uma informação, mais custoso e demorado será o processo como um todo.

Dois exemplos podem auxiliar a demonstração da tese: a comunicação processual e a prova.

A mais importante troca de informações entre os litigantes consiste na cientificação dos adversários acerca da existência do litígio processualizado e das suas respectivas pretensões. Se as partes e o Juízo encontram-se no mesmo bairro, o custo da comunicação processual (da troca dessa informação) será reduzido. Por outro lado, se uma das partes encontra-se fora do país, esse custo será elevado sobremaneira, exigindo a Lei processual diversas formalidades essenciais à validade e eficácia do ato processual de comunicação (por exemplo, a expedição de cartas rogatória e precatória).

Em relação às provas se dá de modo semelhante. Se a discussão acerca de um fato controverso depende do depoimento de uma das partes, que reside no bairro vizinho, o custo de obtenção dessa informação normalmente será baixo. Já se a discussão acerca do fato controverso depende de um sofisticado exame técnico, a obtenção da informação será deveras custosa (dependendo da prova pericial a ser empregada).

Em síntese: também nos procedimentos de solução de litígios, especialmente no processo judicial, onde as formas são rígidas, *a informação é custosa e muitas vezes custa demasiadamente caro.*

Como já se disse, o processo civil, intuitivamente, reconhece essa premissa elementar. Assim o faz, por exemplo, quando autoriza o juiz a inverter o ônus da prova em favor de uma parte hipossuficiente que formula alegações

verossímeis (Lei 8078/90, art.6º, inc. VIII) – o que não passa de uma tentativa de compensar e equilibrar partes que dispõem de informações e possibilidades financeiras assimétricas – uma espécie do gênero que é a chamada *carga dinâmica da prova*.

Há grande discussão em sede especializada sobre saber se a hipossuficiência de que trata o legislador na norma referida é técnica ou financeira³⁹ – que consistiria na impossibilidade de arcar com os custos de obtenção de determinada informação (uma perícia, por exemplo). Renunciando-se à tentação de debater o tema específico aqui, parece claro que, seja qual for a orientação adotada, se a parte litigante possuir condições financeiras de arcar com os custos de obtenção da informação (com a prova), o problema da possibilidade de obtenção da informação não se coloca.

Enfim, sob um determinado prisma, as informações são os elementos fundamentais de um litígio e no mais das vezes, sua obtenção é deveras custosa.

4.3. O intercâmbio de informações entre os litigantes

O intercâmbio de informações entre os (potenciais) litigantes – excluída a situação ideal em que ele não é possível – pode ser (I) obrigatório ou (II) facultativo. E nem são necessárias muitas elucubrações para lembrar exemplos.

As partes no direito brasileiro podem ser *compelidas* em juízo a exibir documentos comuns através de vários expedientes diversos (*verbi gratia*, art. 335 do CPC) – o que gera um intercâmbio do tipo obrigatório (no sentido de que a parte não pode evitá-lo).

Por outro lado, ainda no direito processual civil brasileiro, as partes estão dispensadas de depor acerca de fatos torpes que lhes sejam imputados (CPC, art. 347, I), tornando a transferência de informações, neste caso, facultativa.

Nos dois exemplos, o intercâmbio de informações se deu em juízo. E é onde o intercâmbio habitualmente acontece (após a propositura de uma ação judicial, ainda que preparatória). Normalmente, a lei processual civil brasileira (em vigor) não exige nem faculta contato prévio entre as partes em conflito acerca das suas pretensões.

Somente em algumas oportunidades a Lei brasileira determina que as partes façam contato prévio – por exemplo, em se tratando de determinados créditos, com o fito de o credor constituir em mora o devedor (por todos, Decreto-Lei 911/69, art. 2º, § 2º e art. 3º), o que, no mais, acontece através da citação válida (CPC, art. 219), isto é, após a instauração do processo.

Essa exigência aparentemente formalista possui significação econômica expressiva. Na verdade, a fim de constituir o devedor em mora, o credor se

vê adstrito a enviar carta ao devedor em que apresenta a sua pretensão pecuniária – antes de ingressar em juízo. Essa carta deverá indicar o valor que o credor acredita devido e a fórmula de cálculo empregada pelo mesmo. Isso facilita muito a vida do devedor, que agora possui informação precisa acerca da pretensão do credor que, por sua vez, continua às cegas em relação à posição do devedor. Para propor a ação judicial o credor abre mão *gratuitamente* de informações em favor do devedor.

O direito norte-americano, por exemplo, preocupa-se muito mais com o intercâmbio prévio de informações, forte na premissa de que, quanto maior o domínio de informações pelos potenciais litigantes, menor será a ocorrência de litígios...*ninguém joga para perder...*

Destarte, seja permitida a dilação teórica, o direito norte-americano prevê a possibilidade de uma parte, antes que exista processo formalmente considerado, obtenha da parte potencialmente adversária muitas informações. Cuida-se de um procedimento denominado *discovery*⁴⁰ (expressão aqui traduzida *brevitatis causa* por *descobrimento*), que obriga à revelação de informações privadas a um potencial litigante em situações e condições determinadas.

Assim, por exemplo, guardada a devida razoabilidade e ressalvada a proteção legal (*privilege*, de sigilo, por exemplo), uma parte em potencial litígio é obrigada a disponibilizar ao adversário documentos seus para análise destinada à instrução prévia de uma potencial demanda judicial. Essa obrigação não é implementada a partir de uma ordem judicial – na verdade, cuida-se de um procedimento prévio ao juízo ou pelo menos à participação de um juiz *togado* (e aí reside uma de suas possíveis vantagens em termos operacionais e financeiros).

Não é oportuno aqui aprofundar considerações acerca do instituto, nem mesmo promover análise econômica mais detalhada⁴¹. Cumpre apenas observar que a lei cria um procedimento pré-judicial de intercâmbio obrigatório de informações e que essas informações ajudam a evitar determinados litígios e seus custos ou pelo menos parte deles.

Essa transferência de informações às vezes interessa à parte que as fornece, outras vezes não. O receptor da informação quase sempre tem interesse em recebê-la, ainda que ela seja desfavorável aos seus interesses (talvez até com maiores fundamentos nessa hipótese).

4. 4. A mediação como instrumento de intercâmbio de informações?

Através da mediação tem-se inescapável troca de informações entre as partes em litígio. Com efeito, qualquer que seja o tipo de mediação, é pressuposta a troca de informações que possibilitam a própria atividade de media-

ção. Assim, *prima facie*, a mediação é um processo economicamente importante, pois promove o intercâmbio de informações entre os litigantes⁴².

Como se disse acima, os litígios ocorrem porque as partes possuem informações incompletas. Por conta dessa incompletude, o litígio se manifesta quando as partes encontram-se relativamente otimistas acerca das suas chances de vencer. Pelo menos uma delas estará mal-informada acerca da sua situação⁴³, isto é, possuirá uma *opinião* equivocada acerca do litígio⁴⁴.

A tendência natural é a de que uma parte promova a transferência voluntária de informações que reduzam o otimismo da parte adversa (favorecendo o acordo). Na mediação, por conta de vários fatores⁴⁵, notadamente diante da informalidade, as partes efetuam transferência de informações relativas ao litígio, às suas (possíveis) estratégias e às suas (pretensas) expectativas de resultados.

Considerando que a transferência voluntária de informações evita os custos de efetivação de uma transferência coativa (obrigatória), em sede prévia ou judicial, pode-se concluir, embora isso não ocorra sempre e necessariamente, que a mediação é um instrumento economicamente eficiente⁴⁶.

E, neste sentido, uma vez que faculta às partes uma ocasião para a transferência voluntária de informações, o estabelecimento de mediação prévia encontra uma justificativa econômica.

Aliás, mesmo que eventualmente não seja bem-sucedida a atividade de mediação, o estímulo ao intercâmbio voluntário de informações diminui os riscos de erros na solução da controvérsia e, por conseguinte, os elevados custos deles decorrentes⁴⁷ – o que vem a ser, segundo opinam os especialistas, o principal objetivo da análise econômica do direito processual⁴⁸.

Na pior das hipóteses, a mediação avaliativa – ainda que confidencial e não vinculativa – permite às partes uma compreensão mais precisa dos riscos envolvidos, dos possíveis resultados de um litígio e de um processo judicial acerca dele⁴⁹. Neste caso – aí segue ressalva relevante a ser analisada casuisticamente – do ponto de vista privado, *a mediação justifica-se se os custos relativos à sua realização são menores do que o prejuízo decorrente do ajuizamento de uma ação judicial com ausência de informações relevantes*.

Evidentemente, o estudo parte de considerações ideais acerca do funcionamento da mediação e desconsidera deliberadamente algumas variáveis, como o tempo a ser consumido para realização da mediação⁵⁰, o qual, se muito extenso, pode redundar em inversão dos potenciais benefícios gerados pela mediação, fazendo com que o procedimento seja ineficiente⁵¹.

Neste passo, o aludido Projeto de Lei sobre a mediação procurou prevenir-se do mal, estabelecendo que, se decorridos mais de sessenta dias da data do início da mediação, esta ainda não tiver sido encerrada, poderá o interessado solicitar a retomada do processo (art. 9º § 3º do Projeto), criando para as partes uma espécie de direito potestativo à retomada do processo judicial *stricto sensu* de solução do litígio.

Se é verdade que existe uma tendência à transferência voluntária de informações que reduzam o otimismo da parte adversária, a tendência é inversa em relação à transferência das informações que elevariam o otimismo da parte adversária. Para essa situação, a mediação talvez não seja a resposta adequada, exigindo-se a implementação de outros meios, como o antes referido procedimento de *discovery*.

4.5. Mediação formalmente obrigatória ou economicamente estimulada?

Como visto acima, o Projeto de instituição de mediação, estabelece a facultatividade da mediação prévia e a obrigatoriedade da mediação no curso do processo judicial.

No que se refere à audiência de conciliação (prevista no art. 331 do CPC), a obrigatoriedade mostrou-se meramente formal. Ao invés de estabelecer a mediação como obrigatória no curso do processo, o legislador talvez devesse ter centrado preocupação na instituição de estímulos econômicos à celebração de acordos.

Mais uma vez utiliza-se aqui um exemplo do direito norte-americano, neste caso, a Regra 68 das FRCP (*Federal Rules of Civil Procedure*)⁵².

De acordo com essa regra, quando o demandado formula uma oferta de acordo, por exemplo, estabelecendo o *quantum* indenizatório em uma ação em que o demandante postula indenização, o demandado pode adotar principalmente duas condutas: aceitar ou recusar a proposta. A aceitação terá produzido a extinção do processo pela transação (o que também ocorre entre nós, nos termos do disposto no art. 269 do CPC).

De outro lado, se o demandante recusar a proposta e obtiver na sentença um resultado pior do que aquele oferecido pelo demandado, deverá arcar com as custas do processo desde o momento da oferta até a sentença.

A configuração é simples. Imagine-se uma ação de indenização por alegados danos morais decorrentes de uma publicação ofensiva que teria sido levada a efeito por um jornal de grande circulação. Suponha-se que na fase de

conciliação a empresa jornalística oferece o montante de um milhão de reais a título de indenização. De acordo com a regra em comento, se o demandado recusar a proposta e obtiver um julgamento que estabeleça valor inferior, deverá arcar com todas as custas do processo desde a oferta até a prolação da sentença.

O objetivo claro da norma é estimular a celebração de acordos que estejam situados em uma margem razoável de divergência entre os litigantes. Objetiva-se também evitar que demandas aventureiras prossigam, pois o demandante saberá que prosseguir pode custar caro.

Na verdade, acordos são possíveis quando as distâncias entre as pretensões dos litigantes situam-se em uma *margem razoável*. Dentre outros escopos, a transferência de informações durante o processo de mediação, ao desfazer eventualmente falsas expectativas otimistas, reduz as distâncias entre as pretensões das partes em litígio – promovendo acordos.

Esses acordos parecem ser estimulados pela regra aludida, porquanto reduzida a distância e estabelecida uma margem razoável, o litigante aumenta o seu risco ao não aceitar o acordo, de modo que, estar mal-informado sobre o litígio ou adotar atitude aventureira passam a ser esportes caros.

Evidentemente a importação de uma figura como essa não pode desprezar as diferenças entre os sistemas.

O direito processual civil brasileiro até conhece norma inspirada na mesma diretriz, dotada de ineficácia ímpar. Referimo-nos ao art. 267, § 3º do CPC⁵³, consoante o qual o réu responde pelas “custas de retardamento” sempre que deixar de apresentar, no momento oportuno, determinada espécie de defesa peremptória. Em tese, ao extinguir o processo por conta desse fundamento o juiz haverá de condenar o demandado no pagamento dessas custas. Também em tese, o legislador imaginou assim estimular economicamente o demandado a suscitar essa questão peremptória desde logo, o que acarretaria, em caso de acolhimento, evitar-se o prolongamento indevido do processo.

Lamentavelmente, a norma brasileira aludida não possui eficácia, eis que (I) as tais “custas de retardamento”, nos raros casos em que fixadas, possuem valores muito baixos, incapazes de estimular ou desestimular qualquer conduta processual, e (II) no mais das vezes, sequer são fixadas.

Aí reside expressiva diferença do nosso sistema em relação ao sistema jurídico-processual norte-americano, onde as custas de realização de um julgamento (*trial*), notadamente se o mesmo é efetuado através de júri (*jury trial*) são elevadíssimas⁵⁴.

Sinteticamente, a regra 68 faz com que o demandante procure evitar arcar com essas despesas. Ou seja, não aceitar um acordo que se afigure, situado em uma margem de razoabilidade, pode fazer com que o litigante venha a arcar com custos elevados – eventualmente superiores ao valor de uma indenização a que tenha direito.

Há controvérsia na análise econômica desse dispositivo que estabelece claramente vantagens pró-demandado⁵⁵. Sustentando-se que ela ignora a aversão ao risco, reconhece-se que constitui estímulo a ofertas realísticas (ou razoáveis) por parte do demandante, o que favorece acordos, eis que a proposta pode situar-se na margem em que ele é possível.

Entre nós, na hipótese de se assumir que a idéia é economicamente vantajosa, parece importante efetuar alguma espécie de adaptação, evitando a mesma ineficácia da mencionada norma que impõe custas de retardamento. Considerando que no Brasil as custas judiciais usualmente são *baixas*, somente seria possível trabalhar – dentro do espectro hoje disponível – com a taxa judiciária e os honorários advocatícios.

Apenas para argumentar e exercitar a imaginação, reservando aos mais doutos a tarefa de construir as normas, pode-se pensar na inversão dos honorários advocatícios e na multiplicação da taxa judiciária (a ser suportada pelo demandante). Figure-se um exemplo.

Suponha-se que uma parte promova ação indenizatória em razão de alegados danos morais decorrentes de uma exploração indevida e ofensiva da imagem. Embora não reconhecendo a ocorrência de dano ou irregularidade, a fim de estancar o litígio o demandado efetua proposta de pagamento da ordem de oitenta mil reais, nos termos da jurisprudência do Tribunal competente acerca de casos semelhantes. A parte demandante recusa a oferta e o processo tem seu curso normal. Afinal, já em sede de recurso, o Tribunal fixa indenização da ordem de cinquenta mil reais (suponha-se que essa decisão transite em julgado).

Pode-se imaginar que nessa circunstância o vencedor passe a arcar⁵⁶ com os custos integrais do processo (independentemente de eventual reciprocidade na sucumbência), sofra a incidência de taxa judiciária decuplicada (bastando para tanto estabelecer o respectivo fato gerador em lei⁵⁷) e pague honorários advocatícios integrais ao advogado da parte adversa em patamar de trinta por cento (por exemplo), tendo por base de cálculo o valor da condenação.

A *lógica econômica* ficaria assim explicitada: (i) o demandante aceita a proposta e recebe oitenta mil reais; (ii) o demandante não aceita a proposta e recebe sua indenização tal como fixada pela sentença (de fato, a não aceitação

de uma proposta de acordo, não acarreta *ipso facto* a extinção do direito material do demandante), no valor de cinquenta mil reais. Nessa segunda hipótese, seriam deduzidos do valor da indenização 20% do respectivo valor a título de taxa judiciária com caráter sancionatório (finalidade parafiscal) e mais 30% do respectivo valor a título de honorários advocatícios – ou seja, o demandante receberia vinte e cinco mil reais.

De forma bastante simplificada, quando o demandante recusasse a proposta de acordo, estaria assumindo o risco de sofrer prejuízos, o que o conduziria a efetuar análise muito mais apurada da proposta.

Enfim, a idéia é estimular efetivamente o litigante do ponto de vista econômico a tomar a sério a possibilidade de acordo propiciada pela mediação, ciente de que suportará prejuízos na hipótese de prosseguimento irresponsável.

Da mesma forma, na mediação, o mediador encarregado da tarefa de avaliação pode auxiliar as partes envolvidas em determinado litígio a chegarem a um denominador comum. Caso ele convença apenas uma das partes através da sua avaliação e esta parte convencida efetue proposta no valor indicado, pode-se aplicar o mesmo regime acima indicado, o que não significa de modo algum dizer que a opinião do mediador é vinculativa para as partes (que podem afastar-se dela) ou para o juiz (que certamente possui *liberdade motivada* no ato de julgar).

Economicamente, tem-se estímulo à celebração de acordos quando o resultado final (a utilidade) alcançado pelas partes é melhor com o acordo do que sem ele. E as partes, via de regra, não celebram acordos para diminuir o tráfego do Poder Judiciário ou para evitar criar estorvos aos adversários. Os litigantes celebram acordos quando isso representa eficiência no plano econômico (maximização dos benefícios pessoais) e a legislação deve promover os estímulos que lhe cabem.

4.6. A mediação como instrumento de encerramento de litígios? Mediação prévia ou incidental?

As soluções cooperativas dependem de concessões recíprocas, como é próprio da transação (o Código Civil em vigor fala em transações mútuas – CC, art. 840). A mediação oferece, dentre outras vantagens, a possibilidade de exercícios criativos por parte do mediador, pois este, embora a afirmação possa chocar um pessoa não habituada às coisas do Direito, não está preocupado com quem está certo ou errado, mas sim com a solução justa, rápida e pouco custosa do litígio⁵⁸.

Como visto acima, o Projeto em comento institui a mediação prévia e a mediação incidental. A tentativa de mediação prévia seria facultativa e a tentativa de mediação incidental seria genericamente obrigatória, ressalvadas as exceções legais.

Linhas acima (item II), segmentou-se o litígio em três fases. Na primeira dessas fases, isto é, entre o surgimento do litígio e o ajuizamento da demanda, fala-se em mediação *ex ante*. Nas fases seguintes, após o ajuizamento da demanda, fala-se em mediação *ex post*.

Do ponto de vista da economia privada das partes, a mediação produz resultados positivos tanto quando realizada *ex ante* como quando realizada *ex post*. Com efeito, ao promover um acordo que evita o litígio ou ao encerrar o litígio, a mediação reduz os custos de transação (ou custos operacionais) e os riscos decorrentes do litígio⁵⁹.

A resposta decorre de uma avaliação comparativa. Isto é, considerando-se que não existe um litígio judicial, é de se imaginar que a mediação *ex ante* promove a redução dos custos operacionais que seriam trazidos pelo litígio (além de promover a transferência de informações). Da mesma forma, considerando-se que a mediação tende a encerrar o litígio (abreviando a sua existência), evitam-se os custos decorrentes do prosseguimento. A redução dos custos operacionais, a bem dizer, é um dos estímulos à solução negociada.

É evidente que essa premissa parte de algum grau mínimo de eficiência do sistema de mediação. Um sistema de mediação que seja incapaz de prevenir ou encerrar litígios judiciais, será apenas um instrumento de elevação dos custos operacionais. Mais uma vez é importante evitar etapas meramente formais de mediação, que tendem a agregar custos e tornar ainda mais ineficiente o sistema de solução de controvérsias.

5. Conclusões

As considerações precedentes permitem a tentativa de extração de algumas observações conclusivas:

(1) Antes da edição de uma norma com pretensos e intuitivos efeitos econômicos, faz-se mister a efetiva análise econômica, com o escopo de investigar-se a potencial aptidão da norma para a produção daqueles efeitos;

(2) No que se refere aos meios alternativos de solução de controvérsias, parece haver boas razões para acreditar que promovem o acesso à justiça, justificando-se, por este prisma, a implementação de um sistema dedicado à mediação;

(3) A justificativa do ponto de vista teórico-jurídico não implica necessária justificação no plano econômico, impondo-se a análise prévia de alguns aspectos relevantes dos projetos de lei em curso para instituição e promoção da mediação;

(4) Do ponto de vista do intercâmbio de informações, a mediação, notadamente a prévia, é justificada economicamente;

(5) Do ponto de vista da redução dos custos operacionais (custos de transação), a mediação é justificada economicamente;

(6) A legislação deve evitar estabelecer etapas meramente formais de conciliação ou mediação, eis que há séria propensão a que essas medidas gerem ineficiência ainda maior do sistema jurídico. O legislador deve preocupar-se em promover estímulos econômicos à mediação e à conciliação (conforme, por exemplo, as sugestões indicadas acima no item IV).

Recebido para publicação em 15/10/04

Flávio Galdino é Professor de Direito Processual da Faculdade de Direito da UERJ

6. Notas

1 Consoante a preleção de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo*. Temas de Direito Processual Civil – Quarta Série. São Paulo: Saraiva. 1988, p. 11 - 21.

2 Sobre essa comparação, por todos, CASTRO JR., Osvaldo Agripino. *Teoria e prática do direito comparado e desenvolvimento: Estados Unidos X Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2002, *passim*. Sobre a importação de modelos processuais, MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A importação de modelos jurídicos”. In MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual* (Oitava Série): 255-266 (São Paulo: Saraiva. 2004).

3 Referimo-nos ao (ante)projeto apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, com vistas a instituir e disciplinar a mediação paraprocessual como mecanismo de solução de conflitos no processo civil. O estudo serviu-se da versão encampada pelo Ministério de Justiça em 2003 (disponível no site deste Ministério – www.mj.gov.br – consulta realizada em maio de 2004 e anexada ao presente estudo como apêndice ao final).

4 Essa construção é inspirada no (mas não idêntica ao) modelo utilizado por COOTER e RUBINFELD: COOTER, Robert D. and RUBINFELD, Daniel L.. “*Economic analysis of legal disputes and their resolution*”. In *The Journal of Economic Literature* XXVII, Number 3: 1067- 1097, esp. 1069 (“*Chronology of a legal dispute*”), (1989).

5 Essa formulação não é equivalente à noção de jogos cooperativos e não-cooperativos, conforme PYNDICK, Robert S. and RUBINFELD, Daniel L.. *Microeconomia* (trad. bras de *Microeconomics* por Eleutério Prado). 5ª edição. São Paulo: Prentice Hall. 2002, p. 461 e seguintes. É comum a referência a métodos adversariais ou não-adversariais – assim em GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2004, p. 8.

6 A tradicional teoria geral do processo usualmente fala em métodos de auto-composição dos litígios – assim em CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 10ª edição. São Paulo: Malheiros. 1994, p. 30.

7 Imaginam-se no estudo apenas soluções pacíficas, desconsiderando-se soluções de auto-tutela, em que uma das partes impõe à outra por meio da força uma determinada solução. A propósito, propõe-se o conceito de *jurisconstrução*, para referir-se à solução construída pela parte, em oposição à *jurisdição* – vide MORAIS, José Luis Bolzan. *Mediação e arbitragem – alternativas à jurisdição* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999, p. 120 e seguintes.

8 Na verdade, o estudo optou por ignorar essa diferença. Mas é importante estudar se, economicamente, justifica-se o investimento de recursos pelo estado com vistas à implementação de meios alternativos de solução de controvérsias. Sobre o ponto, evidenciando que não existe indicativo de que seja economicamente fundada a opção do estado de investir, vide SHAVELL, Steven. “*Alternative dispute resolution: an economic analysis*”. In *The Journal of Legal Studies*, XXIV (1) : 1-28, *passim*, (1995).

9 Dentre as muitas definições de mediação, veja-se, por todos, PEDROSO, João, TRINCÃO, Catarina e DIAS, João Paulo. *Por caminhos da(s) reforma(s) da Justiça*. Coimbra: Coimbra Editora. 2003, p. 33 e 53 e COOLEY, John M.. *Advocacia na mediação* (trad. bras. de *Mediation advocacy* por René Loncan). Brasília/DF: Ed. UnB. 2001, *passim*. Embora em ambos os textos especializados faça-se referência à *neutralidade*, parece mais adequado falar em *imparcialidade* do mediador (vide abaixo os comentários acerca do anteprojeto de Lei do IBDP – item II.2). Também fala em neutralidade CASTRO JR., Osvaldo Agripino. *Teoria e prática do direito comparado e desenvolvimento: Estados Unidos X Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2002, p. 93 e seguintes.

10 Conforme a sugestão de SHAVELL, Steven. "Alternative dispute resolution: an economic analysis". In *The Journal of Legal Studies* XXIV (1): p. 1 – 28, esp. p. 2 (referindo-se aos métodos alternativos de um modo geral), (1995).

11 COOLEY, John M.. Advocacia na mediação (trad. bras. de *Mediation advocacy* por René Loncan). Brasília/DF: Ed. UnB. 2001, p.43 e seguintes.

12 O Projeto é substancialmente melhor do que o Projeto apresentado pela ilustre Deputada Zulaiê Cobra (PL 4827/98) cujo processamento ficou paralisado no Congresso Nacional (íntegra também disponível no site do Ministério da Justiça: www.mj.gov.br – consulta realizada em maio de 2004.

13 Confira-se a notícia de DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, 5ª edição. São Paulo: Malheiros. 2001, p. 30.

14 MORAIS, José Luis Bolzan. *Mediação e arbitragem – alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999, p. 164.

15 Correta a crítica de MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios alternativos de solução de conflitos – o cidadão na administração da justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2004, p. 116.

16 Nesse passo o antes referido Projeto apresentado pela Deputada Zulaiê Cobra (PL 4827/98) apresentava grande vantagem, pois permitia que qualquer pessoa que detivesse formação ou experiência adequada à natureza do litígio funcionasse como mediador.

17 A confidencialidade é normalmente destacada como uma das características da mediação (e apontada como vantajosa pelos estudos especializados). Vide a referência de SALFES, Lília Maria de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 51. O Projeto faz referência a ela no art.10, § 1º, sem maiores ressalvas ou especificações, isto é, sem conteúdo.

18 Consoante a arguta observação de FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Acesso à justiça: diagnóstico e tratamento*. In Associação dos Magis-

trados Brasileiros (org.). *Justiça: promessa e realidade*: 269 – 283, esp. 275 (Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1996).

19 Sobre o tema, por todos, PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2003 e o estudo de HILL, Flávia Pereira. *Plea bargaining – uma incursão no sistema processual penal norte-americano*. In PINHO, Humberto Bernardina de (org.). *Temas contemporâneos de Direito Processual*: 489- 541 (Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2004).

20 Sobre essa reforma e seus objetivos, por todos, vide DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros. 2001, p. 116 e seguintes.

21 CAPPELLETTI, Mauro et GARTH, Bryant. *Access to justice, Vol. I, Book I - A World survey, Part One - General Report*. Milano: Giuffrè. 1978, *passim*, especialmente, no que concerne à mediação, vide as considerações sobre a chamada terceira onda renovatória do processo (p. 71).

22 Sobre a influência desse movimento no direito processual civil brasileiro nos últimos vinte anos, consulte-se DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros.1998 e CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

23 RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta – teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 126 et *passim*.

24 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Reformas processuais*. In MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual* (Sétima Série): 1- 6. (São Paulo: Saraiva. 2001).

25 A referência é de STIGLER, George J. "Law or economics?". In *The Journal of Law and Economics*, XXXV (2) : 455 – 467, esp. 463.

26 CPC, art. 1102c, § 1º: cumprindo o réu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios.

27 Lei 9099/95, art. 54. O acesso ao Juizado Especial independêrã, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas. Parágrafo único. O preparo do recurso, na forma do § 1º do art. 42 desta Lei compreenderã todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição (...).

28 Seja permitido remeter o leitor ao nosso estudo: *Direitos não nascem em árvores* (Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005), onde essa premissa e suas críticas são discutidas com maior profundidade e intensidade.

29 POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1994, p. 519: “*Again like the market, the legal process relies for its administration primarily on private individuals motivated by economic self-interest rather than on altruists or officials*”.

30 CALSAMIGLIA, Xavier. “*Racionalidad individual y colectiva: mecanismos econõmicos y jurídicos de articulaciõn*”. In Doxa 13: 69 – 88, esp. 70.

31 Cf. BAIRD, Douglas G., GERTNER, Robert H. e PICKER, Randal C.. *Game Theory and the Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1994, p. 7. Vide ainda PYNDICK, Robert S. and RUBINFELD, Daniel L.. *Microeconomia* (trad. bras de *Microeconomics* por Eleutério Prado). 5ª edição. São Paulo: Prentice Hall. 2002, p. 461 e seguintes.

32 PYNDICK, Robert S. and RUBINFELD, Daniel L.. *Microeconomia* (trad. bras de *Microeconomics* por Eleutério Prado). 5ª edição. São Paulo: Prentice Hall. 2002, p. 442.

33 Sobre a teoria dos jogos e o direito, veja-se BAIRD, Douglas G., GERTNER, Robert H. e PICKER, Randal C.. *Game Theory and the Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1994.

34 Confrim-se os exemplos voltados para outras questões jurídicas de BAIRD, Douglas G., GERTNER, Robert H. e PICKER, Randal C.. *Game Theory and the Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1994, p. 6 e seguintes. Matematicamente ilustra-se o tipo de jogo descrito no texto através de uma *bimatrix* (p. 10). Nesse tipo de jogo simples, “*a player will*

choose a strictly dominant strategy whenever possible and will not choose any strategy that is strictly dominated by another”.

35 PYNDICK, Robert S. and RUBINFELD, Daniel L.. *Microeconomia* (trad. bras de *Microeconomics* por Eleutério Prado). 5ª edição. São Paulo: Prentice Hall. 2002, p. 467 e esp. p. 441 (sobre o dilema dos prisioneiros).

36 *Apud* BAIRD, Douglas G., GERTNER, Robert H. e PICKER, Randal C.. *Game Theory and the Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1994, p. 21. Vide também PYNDICK, Robert S. and RUBINFELD, Daniel L.. *Microeconomia* (trad. bras de *Microeconomics* por Eleutério Prado). 5ª edição. São Paulo: Prentice Hall. 2002, p. 467. No dilema dos prisioneiros, qualquer que seja o critério, confessar é a melhor estratégia para os jogadores (p. 441 e 470, indicando-se penas diferentes).

37 VARIAN, Hal R. *Microeconomia – Princípios básicos*. Um abordagem moderna (trad. bras. da 6ª edição americana de *Intermediate Microeconomics* por Maria José Cyhlar Monteiro). Rio de Janeiro: Elsevier/Campus. 2003.

38 POSNER, Richard. *The Economics of Justice*. 7th Printing. Cambridge: Harvard University Press. 1998, p. 146.

39 Há abundante literatura sobre o tema. Por todos, consulte-se o texto autorizado dos autores do anteprojeto que redundou no Código de Defesa do Consumidor: GRINOVER, Ada Pellegrini, *et alii*. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - comentado pelos autores do Anteprojeto. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1999.

40 *Ad exemplum*, FRCP, Rule 26. Sobre o tema, as anotações breves de TARUFFO, Michele e HAZARD Jr., Geoffrey. *American Civil Procedure – An Introduction*. New Haven: Yale University Press. 1993, p. 114 *et passim*. Veja-se ainda a referência de COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía* (tradução mexicana de *Law and Economics* por Eduardo L. Suárez). México: Fondo de Cultura Econõmica. 1999, p. 497-498.

41 A referência autorizada é inconclusiva acerca dos custos sociais, cf. COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía* (tradução mexicana de *Law and Economics* por Eduardo L.Suárez). México: Fondo de Cultura Económica. 1999, p. 501: “La investigación actual no nos permite concluir si el descubrimiento reduce o no los costos administrativos”.

42 SHAVELL, Steven. “Alternative dispute resolution: an economic analysis”. In *The Journal of Legal Studies*, XXIV (1): 1- 28, esp. 21 (1995).

43 Ainda COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía* (tradução mexicana de *Law and Economics* por Eduardo L.Suárez). México: Fondo de Cultura Económica. 1999, p. 498.

44 Sobre o modelo do otimismo e a sutil, mas relevante diferença entre opinião e informação, consulte-se BAIRD, Douglas G., GERTNER, Robert H. e PICKER, Randal C.. *Game Theory and the Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1994, p. 246/247. Veja-se todo o capítulo *Bargaining and information*.

45 Conforme a observação: “O diálogo que se estabelece entre as partes é mais verdadeiro porque envolve a inteireza de suas razões e não apenas aquelas que poderiam ser deduzidas com forma e figura de juízo.” NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Novas fórmulas para solução de conflitos*. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva. 1994, p. 325. Sobre a oralidade e a informalidade como características da mediação, por todos, MORAIS, José Luis Bolzan. *Mediação e arbitragem – alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999, p. 148 e seguintes.

46 COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía* (tradução mexicana de *Law and Economics* por Eduardo L.Suárez). México: Fondo de Cultura Económica. 1999, p. 501; COOLEY, John M.. *Advocacia na mediação* (trad. bras. de *Mediation advocacy* por René Loncan). Brasília/DF: Ed. UnB. 2001, p. 57.

47 COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía* (tradução mexicana de *Law*

and Economics por Eduardo L.Suárez). México: Fondo de Cultura Económica. 1999, p. 501.

48 POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1994, p. 549.

49 COOLEY, John M.. *Advocacia na mediação* (trad. bras. de *Mediation advocacy* por René Loncan). Brasília/DF: Ed. UnB. 2001, p. 54 (sem efetuar a análise econômica da afirmação).

50 Sobre o tempo demasiadamente prolongado como fator de ineficiência do processo, consulte-se a obra de TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

51 A exemplo do que lamentavelmente vem ocorrendo com a audiência de conciliação obrigatória prevista no art. 331 do CPC e referida acima, a qual, levada a efeito por magistrados e profissionais destreinados, acabou por alongar o procedimento (muitas vezes em vários meses) sem gerar os benefícios esperados.

52 Rule 68. *Offer of Judgment. At any time more than 10 days before the trial begins, a party defending against a claim may serve upon the adverse party an offer to allow judgment to be taken against the defending party for the money or property or to the effect specified in the offer, with costs then accrued. If within 10 days after the service of the offer the adverse party serves written notice that the offer is accepted, either party may then file the offer and notice of acceptance together with proof of service thereof and thereupon the clerk shall enter judgment. An offer not accepted shall be deemed withdrawn and evidence thereof is not admissible except in a proceeding to determine costs. If the judgment finally obtained by the offeree is not more favorable than the offer, the offeree must pay the costs incurred after the making of the offer. The fact that an offer is made but not accepted does not preclude a subsequent offer. When the liability of one party to another has been determined by verdict or order or judgment, but the amount or extent of the*

liability remains to be determined by further proceedings, the party adjudged liable may make an offer of judgment, which shall have the same effect as an offer made before trial if it is served within a reasonable time not less than 10 days prior to the commencement of hearings to determine the amount or extent of liability. (As amended Dec. 27, 1946, eff. Mar. 19, 1948; Feb. 28, 1966, eff. July 1, 1966; Mar. 2, 1987, eff. Aug. 1, 1987).

53 CPC, art. 267, § 3º: O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida sentença de mérito, da matéria constante dos nºs IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento. Sobre as questões peremptórias e essa forma de extinção do processo, vide DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III. São Paulo: Malheiros. 2001, p. 141 e seguintes.

54 TARUFFO, Michele e HAZARD Jr., Geoffrey. *American Civil Procedure – An Introduction*. New Haven: Yale University Press. 1993, p. 128, anotam que o juri é a característica mais conspícua do sistema processual civil norte-americano. Esse sistema é extremamente dispendioso.

55 Sobre o tema, POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1994, p. 574 e seguintes, onde o autor sustenta que a regra em questão não eleva a incidência de acordos.

56 Não se ignora que, eventualmente, o autor, nessa circunstância, já poderia estar arcando com várias dessas despesas (por exemplo, se o demandado tiver decaído de parte mínima do pedido). Nessa hipótese, há que se estabelecer um agravamento dessa posição.

57 A exemplo do que acontece em determinada circunstância com a ação popular (Lei 4717/65, art. 13, referindo-se a “lide manifestamente temerária”).

58 COOLEY, John M.. *Advocacia na mediação* (trad. bras. de *Mediation advocacy* por René Loncan). Brasília/DF: Ed. UnB. 2001, p. 27 e seguintes.

59 SHAVELL, Steven. “Alternative dispute resolution: an economic analysis”. In *The Journal of Legal Studies*, XXIV (1): 1- 28, esp. 1/5 (1995).

7. Bibliografia

BAIRD, Douglas G., GERTNER, Robert H. e PICKER, Randal C.. *Game Theory and the Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A importação de modelos jurídicos. In MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual* (Oitava Série). São Paulo: Saraiva. 2004.

_____. Reformas processuais. In BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual* (Sétima Série). São Paulo: Saraiva. 2001.

_____. *Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo*. Temas de Direito Processual Civil (Quarta Série). São Paulo: Saraiva. 1988.

CALSAMIGLIA, Xavier. “Racionalidad individual y colectiva: mecanismos económicos y jurídicos de articulación”.

CAPPELLETTI, Mauro et GARTH, Bryant. *Access to justice, Vol. I, Book I - A World survey, Part One - General Report*. Milano: Giuffrè. 1978.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

CASTRO JR., Osvaldo Agripino. *Teoria e prática do direito comparado e desenvolvimento: Estados Unidos X Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 10ª edição. São Paulo: Malheiros. 1994.

- COOLEY, John M. *Advocacia na mediação* (trad. bras. de *Mediation advocacy* por René Loucan). Brasília/DF: Ed. UnB. 2001.
- COOTER e RUBINFELD: COOTER, Robert D. and RUBINFELD, Daniel L. "Economic analysis of legal disputes and their resolution". In *The Journal of Economic Literature* XXVII, Number 3 (1989).
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía* (tradução mexicana de *Law and Economics* por Eduardo L. Suárez). México: Fondo de Cultura Económica. 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros. 1998
- _____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros. 2001.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume III. São Paulo: Malheiros. 2001.
- FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Acesso à justiça: diagnóstico e tratamento*. In Associação dos Magistrados Brasileiros (org.). *Justiça: promessa e realidade*. (Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1996).
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação*. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - comentado pelos autores do Anteprojeto*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1999.
- HILL, Flávia Pereira. *Plea bargaining - uma incursão no sistema processual penal norte-americano*. In Pinho, Humberto Bernardina de (org.). *Temas contemporâneos de Direito Processual*. (Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2004).
- MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios alternativos de solução de conflitos - o cidadão na administração da justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2004.
- MORAIS, José Luis Bolzan. *Mediação e arbitragem - alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999.
- NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Novas fórmulas para solução de conflitos*. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *O Judiciário e a Constituição*. (São Paulo: Saraiva. 1994).
- PEDROSO, João, TRINCÃO, Catarina e DIAS, João Paulo. *Por caminhos da(s) reforma(s) da Justiça*. Coimbra: Coimbra Editora. 2003
- POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1994.
- PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2003.
- PYNDICK, Robert S. and RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia* (trad. bras de *Microeconomics* por Eleutério Prado). 5ª edição. São Paulo: Prentice Hall. 2002.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta - teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense. 2002.
- SALES, Lília Maria de Morais. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.
- SHAVELL, Steven. "Alternative dispute resolution: an economic analysis". In *The Journal of Legal Studies* XXIV (1), (1995).
- STIGLER, George J.. "Law or economics?". In *The Journal of Law and Economics*, XXXV (2).
- TARUFFO, Michele e HAZARD Jr., Geoffrey. *American Civil Procedure - An Introduction*. New Haven: Yale University Press. 1993.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.
- VARIAN, Hal R. *Microeconomia - Princípios básicos. Uma abordagem moderna* (trad. bras. da 6ª edição americana de *Intermediate Microeconomics* por Maria José Cyhlar Monteiro). Rio de Janeiro: Elsevier/Campus. 2003.

8. Anexo. Projeto de Lei sobre a mediação.

Institui e disciplina a mediação paraprocessual como mecanismo complementar de solução de conflitos no processo civil e dá nova redação ao artigo 331 e parágrafos do Código de Processo Civil- Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

O C O N G R E S S O N A C I O N A L d e c r e t a:

CAPÍTULO I

MODALIDADES DE MEDIAÇÃO PARAPROCESSUAL

Art. 1º. A mediação paraprocessual é um mecanismo consensual de solução de controvérsias, que tem como objetivo a pacificação dos litigantes e a busca de acordo, por meio da atuação do mediador.

§ 1º. A mediação poderá ser prévia ou incidental.

§ 2º. A transação, subscrita pelo mediador, pelos transatores e advogados, constitui título executivo extrajudicial.

§ 3º. A pedido dos litigantes, a transação, obtida na mediação prévia ou incidental, poderá ser homologada pelo juiz, caso em que terá eficácia de título executivo judicial.

CAPÍTULO II

SEÇÃO I - DA MEDIAÇÃO PRÉVIA

Art. 2º. A mediação prévia é sempre facultativa.

Art. 3º. O litigante poderá optar pela mediação prévia, devendo o requerimento ser instrumentalizado por meio de formulário padronizado, que será subscrito por ele e seu advogado.

§ 1º. A procuração instruirá o requerimento, facultada a exibição de provas préconstituídas no curso do procedimento da mediação.

§ 2º. O requerimento de mediação prévia será distribuído ao mediador e a ele imediatamente encaminhado.

§ 3º. Recebido o requerimento, o mediador designará dia, hora e local onde realizará a sessão de mediação, providenciando a comunicação pessoal, facultada a utilização de todos os meios eficazes de comunicação.

§ 4º. A comunicação ao requerido conterà, ainda, a advertência de que deverá comparecer à sessão acompanhado de advogado. Não tendo o requerido advogado constituído, o mediador solicitará à Ordem dos Advogados do Brasil a designação de dativo.

Art. 4º. Levada a efeito a mediação, o mediador tomará por termo a transação, se obtida, ou consignará sua impossibilidade.

Parágrafo único. Obtida ou frustrada a transação, o mediador devolverá ao distribuidor o requerimento, acompanhado do termo, para as devidas anotações.

SEÇÃO II - DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL

Art. 5º. A tentativa de mediação incidental é obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos:

I - nas ações de estado;

II - na ação de interdição;

III - quando for autor ou réu pessoa incapaz;

IV - quando for autora ou ré pessoa de direito público;

V - na falência, na concordata e na insolvência civil;

VI - no inventário e no arrolamento, quando houver incapazes;

VII - nas ações de imissão de posse, reivindicatória de bem imóvel e de usucapião de bem imóvel;

VIII - na ação de retificação de registro público;

IX - quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem;

X - na ação cautelar; e

XI - quando a mediação prévia, realizada na forma da Seção anterior, tiver ocorrido, sem resultado, nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao ajuizamento da ação.

Art. 6º. Nos casos de mediação incidental, a distribuição da petição inicial ao juízo e ao mediador interromperá a prescrição, induzirá litispendência e produzirá os efeitos previstos no artigo 593 de Código de Processo Civil.

§ 1º. Na hipótese de pedido de liminar, o processo será distribuído ao juiz para apreciação, procedendo-se à mediação após a decisão.

§ 2º. A interposição de agravo contra a decisão liminar não prejudica o procedimento de mediação.

Art. 7º. A petição inicial será imediatamente remetida pelo distribuidor ao mediador sorteado.

Art. 8º. Cabe ao mediador intimar os litigantes, por qualquer meio eficaz de comunicação, designando dia, hora e local para seu comparecimento, acompanhados dos respectivos advogados.

§ 1º. A intimação constituirá o litigante em mora, tornando a coisa litigiosa.

§ 2º. Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

§ 3º. Comparecendo o requerido sem advogado, o mediador procederá de acordo com o disposto na parte final do parágrafo 40 do artigo 30.

Art. 9º. Levada a efeito a mediação, o mediador procederá nos termos do artigo 40, caput.

§ 1º. Obtida a transação, o mediador devolverá ao distribuidor a petição inicial, acompanhada do termo, para as devidas anotações.

§ 2º. Frustrada a transação, o mediador remeterá a petição inicial ao juiz, acompanhada do termo, para a retomada do processo judicial.

§ 3º. Decorridos 60 (sessenta) dias da data do início da mediação sem que tenha sido encerrado o respectivo procedimento, com a obtenção ou não da transação, poderá o interessado solicitar a retomada do processo judicial.

CAPÍTULO III

DOS MEDIADORES

Art. 10. Os mediadores são auxiliares da justiça, selecionados entre advogados, com pelo menos 3 (três) anos de experiência

§ 1º. No desempenho de sua função o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, confidencialidade e diligência.

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

Art. 11. A pedido de qualquer dos litigantes, ou a critério do mediador, este trabalhará em regime de co-mediação, com profissional de outra área, devidamente habilitado, nos termos do § 20 deste artigo.

§ 1º. A co-mediação será obrigatória nas controvérsias que versem sobre Direito de Família, devendo dela sempre participar o mediador advogado.

§ 2º. A Ordem dos Advogados do Brasil e o Tribunal de Justiça selecionarão, como co-mediadores, profissionais indicados por organismos institucionais de mediação, devidamente credenciados, ou por órgãos profissionais oficiais.

§ 3º. Quando no exercício de suas funções, e em razão delas, ficam os mediadores equiparados aos funcionários públicos para efeito da legislação penal.

Art. 12. O Tribunal de Justiça local manterá um Registro de Mediadores, contendo o cadastro atualizado de todos os mediadores habilitados a atuar no âmbito do Estado, por área profissional.

§ 1º. Aprovado no curso de formação e seleção, o mediador, com o certificado respectivo, requererá inscrição no Registro de Mediadores no Tribunal de Justiça local podendo atuar nos limites da comarca onde mantenha escritório ou, na falta deste, nos limites da comarca onde resida.

§ 2º. Efetivado o registro, caberá ao Tribunal de Justiça remeter ao Diretor do Fórum da comarca onde atuará o mediador os dados necessários para que o nome deste passe a constar do rol da Comarca, para efeito de distribuição (art. 3º, § 2º, e art. 7º).

§ 3º. Do Registro de Mediadores constarão todos os dados relevantes referentes à atuação do mediador, tais como o número de causas em que atuou, o sucesso ou insucesso de sua intervenção, a matéria sobre a qual versava a controvérsia, bem como quaisquer outros dados que o Tribunal de Justiça local julgar relevantes.

§ 4º. Os dados colhidos na forma do parágrafo anterior serão classificados sistematicamente pelo Tribunal de Justiça que os publicará, pelo menos anualmente, para conhecimento da população e efeitos estatísticos, bem como para o fim de avaliação da mediação e dos mediadores.

Art. 13. A mediação será sempre realizada em local de fácil acesso, com estrutura suficiente para atendimento condigno dos litigantes.

§ 1º. A Ordem dos Advogados do Brasil e o Tribunal de Justiça fixarão, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias após a promulgação desta Lei, as condições mínimas a que se refere este artigo.

§ 2º. A mediação será realizada em local que preencha as condições fixadas pela Ordem dos Advogados do Brasil e pelo Tribunal de Justiça nos termos do parágrafo anterior, disponibilizado por entidade pública ou particular para o desenvolvimento das atividades de que trata esta Lei.

—
—

Art. 14. A fiscalização das atividades dos mediadores competirá à Ordem dos Advogados do Brasil, através de suas seções e subseções, e ao juiz.

§ 1º. Verificando o órgão fiscalizador irregularidade na prestação dos serviços pelo mediador, suspenderá imediatamente a autorização concedida, até apuração dos fatos, informando o Tribunal de Justiça acerca da providência para anotação no Registro de Mediadores.

§ 2º. O magistrado, verificando atuação inadequada do mediador, poderá afastá-lo de suas atividades no processo, informando a Ordem dos Advogados do Brasil ou, em se tratando de profissional, e outra área, o órgão competente, para instauração do respectivo processo administrativo.

§ 3º. O processo administrativo para averiguação de conduta inadequada do mediador advogado, instaurado de ofício ou mediante representação, seguirá o procedimento previsto no Título III da Lei 8.906/94, podendo a Ordem dos Advogados do Brasil aplicar desde a pena de advertência até a de exclusão do Registro de Mediadores, tudo sem prejuízo de, verificada também infração ética, promover a entidade de classe as medidas de que trata a referida Lei.

Art. 15. Será excluído do Registro de Mediadores aquele que:

I - assim o solicitar ao Tribunal de Justiça, independentemente de justificação;

II - agir com dolo ou culpa na condução da mediação sob sua responsabilidade;

III - violar os princípios de confidencialidade e neutralidade;

IV - funcionar em procedimento de mediação mesmo sendo impedido;

V - violar o disposto no art. 16.

§ 1º. Os casos previstos nos incisos II a IV serão apurados em regular processo administrativo, nos termos do art. 14 desta Lei.

§ 2º. Nos casos dos incisos II a V o mediador excluído não será reinscrito no Registro de Mediadores, sendo a proibição extensiva a todo o território nacional.

Art. 16. Não será admitida a atuação do mediador nos termos do artigo 134 do Código de Processo Civil.

Parágrafo único. No caso de impedimento, o mediador devolverá os autos ao distribuidor, que sorteará novo mediador; se a causa de

impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento de mediação, o mediador interromperá sua atividade, lavrando ata com o relatório do ocorrido e solicitará sorteio de novo mediador.

Art. 17. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o mediador informará o fato ao Tribunal de Justiça para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições.

Art. 18. O mediador advogado fica impedido, pelo prazo de 2 (dois) anos, contado a partir do término da mediação, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer dos litigantes.

Art. 19. O mediador somente fará jus aos honorários no caso de ser obtida a transação.

§ 1º. O valor dos honorários será fixado de acordo com os critérios fixados pelo Tribunal de Justiça local.

§ 2º. Nas hipóteses em que for concedido o benefício da gratuidade estará o litigante dispensado do recolhimento dos honorários.

§ 3º. Havendo pedido de concessão de gratuidade, o distribuidor remeterá os autos ao juiz competente para decisão.

Art. 20. As disposições desta Lei não excluem outras formas de mediação extrajudicial vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas através de mediadores independentes, constituindo a transação título executivo, segundo o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 1º desta Lei.

Art. 21. O art. 331 e parágrafos do Código de Processo Civil- Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1.973 - passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo máximo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º. Na audiência preliminar, o juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, mesmo tendo sido já realizada a mediação prévia ou incidental.

§ 2º. A lei local poderá instituir juiz conciliador ou recrutar conciliadores para auxiliarem o juiz da causa na tentativa de solução amigável dos conflitos.

§ 3º. Segundo as peculiaridades do caso, outras formas adequadas de solução do conflito poderão ser sugeridas pelo juiz, inclusive a arbitragem na forma da lei, a mediação e a avaliação neutra de terceiro.

§ 4º. A avaliação neutra de terceiro, a ser obtida no prazo a ser fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 5º. O juiz deverá buscar, prioritariamente, a pacificação das partes, ao invés da solução adjudicada do conflito, sendo sua dedicada atuação nesse sentido reputada de relevante valor social e considerada para efeito de promoção por merecimento.

§ 6º. Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada pelo juiz.

§ 7º. Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação e nem adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, na mesma audiência, fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.”

Art. 22. Esta Lei entrará em vigor no prazo de 6 (seis) meses da data de sua publicação, exceto o § 1º do art. 10, que entrará em vigor no prazo de sessenta dias após a data da publicação da Lei.

**Introdução à análise econômica
do processo civil (I) Os Méto-
dos alternativos de soluções
controvérsias**

Palavras - chave: direito compara-
do – economia – processo

O presente estudo visa deprender uma análise dos institutos do processo civil brasileiro através de instrumentos teóricos econômicos. A partir da comparação com exemplos estrangeiros de instrumentos de resolução de conflitos, enfatizando a mediação. O estudo desenvolve-se a partir do fornecimento de um panorama da normativa projetada acerca da instituição e promoção de um sistema de solução de controvérsias por intermédio da mediação. Faz-se uma análise crítica do uso de instrumentos econômicos aplicados na seara jurídica. Conclui o estudo através da observação de nuances do principal projeto legislativo em curso acerca da mediação.

**Introduction to the economic
analysis of the Civil Procedure
Code**

Key-words: comparative law –
economy – procedure

The present study aims at an analysis of some institutions of the Brazilian Civil Procedure Code through the use of some economic theoretical tools to allow for a comparison between foreign examples of instruments of conflict resolution, emphasizing the question of measurement. The study develops a panorama of the legal proposal as well as the promotion of a system of conflict resolution through the use of mediation. The author makes a critical analysis of the use of applied economic instruments in legal domain to conclude by the commentary of the nuances of the main legislative project in course concerning mediation