UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ – UFC
FACULDADE DE DIREITO

THAIS DE ARRUDA GONDIM

MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA.

UMA ALTERNATIVA HUMANIZADA DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS NO PODER JUDICIÁRIO.

FORTALEZA

2006

THAIS DE ARRUDA GONDIM

MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA.

UMA ALTERNATIVA HUMANIZADA DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS NO PODER JUDICIÁRIO.

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC para aprovação no Curso de Graduação em Direito (Direito de Família).

Orientador: Prof. Lilia Maia de Morais Sales

FORTALEZA

2006

Dedico este trabalho ao meu marido, Alexandre, pelo apoio, cumplicidade e amor que sempre me encorajaram a prosseguir nessa jornada.
À minha filha, Maria Luiza, que mesmo antes de chegar ao mundo me transformou em uma pessoa mais corajosa e batalhadora, e por me fazer acreditar e lutar por um mundo melhor.
Aos meus pais, Ítalo e Eliane, pelo carinho e amor e, sobretudo, pelo exemplo de vida, e por demonstrarem que mesmo os momentos mais difíceis podem ser superados com serenidade.

Aos meus irmãos, Tatiana e André, que torcem e acreditam em mim.

Agradeço àqueles que de uma forma direta ou indireta contribuíram para mais esse grande passo da minha vida. Agradeço principalmente à minha orientadora, Profa. Lilia Sales, que me deu total apoio e auxílio a execução da presente pesquisa.
E... Especialmente ao meu marido e amigo Alexandre, a minha filha Maria Luiza, aos meus pais e meus irmãos, e a toda a minha família que sempre acreditou na conclusão deste trabalho.

RESUMO

A presente pesquisa visa analisar a Mediação como um instrumento paralelo para solucionar de uma forma mais humana os conflitos trazidos ao Poder Judiciário, mais especificamente nas Varas de Família. Devido às constantes mudanças sofridas na base familiar, se tornou necessário que o Poder Judiciário, de uma forma geral, passe por uma capacitação, para que possa conduzir melhor os conflitos que necessitem de uma condução mais humana, preservando os sentimentos da relação, ou seja, que possa mediar os conflitos. E, ainda, ressaltando as vantagens e benefícios que paulatinamente proporcionará à sociedade e ao Poder Judiciário.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade Federal do Ceará - UFC, a coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Fortaleza, 19 de julho de 2006

Thais de Arruda Gondim

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 10

1.1 Justificativa do Tema 12

1.2 Objeto 13

1.3 Metodologia 13

2 NOÇÕES PRELIMINARES DA MEDIAÇÃO 15

2.1 Histórico, Conceitos e Definições 15

2.2 Natureza Jurídica 21

2.3 Princípios e Objetivos 21

3 FIGURANTES DA MEDIAÇÃO 31

3.1 Partes 31

3.2 Mediador 32

3.3 Advogado 33

3.4 Juiz 35

4 MEDIADOR 38

4.1 Quem é o mediador 38

4.2 Qual a função do mediador 40

4.3 Áreas de atuação e técnicas do mediador 42

5 MEDIAÇÃO E SUA APLICAÇÃO 45

5.1 Processo e etapas da mediação 45

5.2 Aplicação da mediação familiar 48

5.3 Formas e modelos de intervenção 50

6 SOLUÇÃO ALTERNATIVA NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS 52

6.1 Solução de Conflitos 53

6.2 Validade e Eficácia Jurídica do Acordo Proferido Mediante a Mediação 55

6.3 Controle do Judiciário 56

7 MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA 58

7.1 Evolução da família 58

7.2 Mediação familiar 62

7.3 Tipologia em conflitos de família 63

7.4 A criança e a mediação 64

7.5 Mediação no processo de divórcio 65

7.6 Mediação familiar e o ordenamento jurídico brasileiro .68

7.7 A importância do acordo 69

8 DESENVOLVIMENTO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL 70

8.1 Possibilidade de aplicação na atual legislação brasileira 70

8.2 Prática no Brasil 71

8.3 Projetos de lei 72

8.4 Direito comparado 73

8.5 Benefícios e vantagens da mediação no Brasil 74

9 CONCLUSÃO 77

10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 80

11 ANEXOS 82

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o crescimento em tamanho e complexidade da sociedade contemporânea, bem como a evolução da família, acarretou um aumento diversificado de conflitos, principalmente se pegarmos como exemplo os ocasionados no meio familiar, gerando para o Poder Judiciário inúmeros problemas, tais como a lentidão processual, o acúmulo de demandas e a insatisfação das pessoas com as decisões proferidas pelo mesmo.

Diante de todos esses problemas sofridos pelo Poder Judiciário e da necessidade percebida pela sociedade de uma Justiça célere, humana, qualificada para qualquer demanda e, principalmente, justa, questionou-se sobre outros meios capazes de auxiliar na resolução de controvérsias, como, por exemplo, a mediação.

A mediação representa um meio extrajudicial e consensual de resolução de conflitos, no qual as partes possuem a gerência e o poder de decisão, contando, é claro, com o auxílio do mediador. A mediação transcende a solução de controvérsias, tendo em vista que exterioriza a visão positiva e transformadora do conflito, facilitando o diálogo entre os indivíduos, prevenindo controvérsias, contribuindo para a inclusão e a paz social e, principalmente, atuando como um instrumento de auxílio ao Poder Judiciário.

Com base nestas considerações, percebeu-se a necessidade de aprofundar os estudos neste sentido, ou seja, avaliar como a mediação poderia auxiliar o Judiciário, transformando-o em um órgão mais célere, justo, qualificado e humanizado.

Tendo em vista que a mediação não visa apenas à solução da querela, sua inclusão dentro do processo pode ser de grande valia para o Judiciário, já que este tem por objetivo, também, a prevenção do conflito.

Durante o desenvolvimento do trabalho, procurar-se-á, então, aprofundar o conhecimento sobre a mediação e responder aos seguintes questionamentos: a mediação é realmente, um instrumento de humanização do Judiciário? Em quais casos ela é indicada? De que maneira poderá agir a mediação como instrumento de humanização do Judiciário?

Não existe, atualmente, no Brasil, uma lei sobre mediação de conflitos que assegure a sua existência no mundo jurídico, mas apenas um projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional. Por esse motivo, faz-se necessário um maior apoio e relevância para sua melhor divulgação no país, a fim de que esse projeto de lei seja aprovado o mais breve possível e, assim, se possa ter esperança de propagação desse mecanismo tão eficiente e importante para concretização do fim da justiça: a paz social.

A exposição dissertativa divide-se em sete capítulos. No primeiro, estudam-se o conceito, definição, os princípios, os objetivos e a natureza jurídica da mediação, como também se fala de sua evolução histórica por todo mundo.

O segundo capítulo identifica os figurantes do processo de mediação: as partes, o juiz, o advogado e principalmente o mediador.

No terceiro capítulo tratamos da importância do mediador em todo o processo de mediação, suas áreas de atuação e as técnicas utilizadas por ele.

O capítulo quarto cuida da mediação como processo, identificando suas etapas, suas formas de aplicação no conflito familiar, bem como suas formas e modelos de intervenção. No capítulo seguinte apresentamos a mediação como uma solução alternativa dos conflitos.

No sexto capítulo, basicamente nos prendemos à mediação no direito de família, mostrando a evolução sofrida por esta, bem como a importância para as partes interessadas do acordo realizado através da mediação.

Por fim, o sétimo capítulo discorre acerca do desenvolvimento da mediação no Brasil.

Em virtude de, historicamente, resolverem-se os conflitos sempre buscando a aplicação do Direito, com épocas, inclusive, em que a força foi também recurso, necessita-se, atualmente, de uma cultura que fortaleça a justiça como virtude, como bem moral dos cidadãos. Assim, a mediação desperta para o exercício da ética, da cidadania, para o respeito e a cooperação com o outro, independentemente do cumprimento obrigatório das leis.

Faz-se indispensável, por conseguinte, um processo educativo para que a sociedade conheça e utilize a mediação como mecanismo alternativo de solução de conflitos, avaliando esse importante instrumento que ajudará a humanizar o Judiciário, e principalmente, apresentar os benefícios trazidos pela mediação no que diz respeito ao direito de família.

Na mediação familiar busca-se o respeito à família e à cultura da sociedade na qual é adotada, pois como a família é o pilar da sociedade, a mediação vem em sua defesa e em seu fortalecimento, podendo-se estimular o seu valor para o exercício da cidadania.

1.1 – JUSTIFICATIVA DO TEMA

O Poder judiciário é observado pelo público em geral, como um dos poderes que apresenta a morosidade como uma de suas características, acumulando em suas prateleiras uma grande quantidade de processos. Nas varas de família, especificamente, além da morosidade do judiciário, recai também sobre esses processos a falta de qualificação dos servidores em geral para lidar com esse tipo de questão, que envolvem sentimentos e emoções dos familiares. Evidencia-se cada vez mais, que existe a necessidade de uma solução imediata e prática, tendo como conseqüência uma nova alternativa para as questões conflituosas.

A mediação nasceu com o intuito de solucionar, ajudar e prevenir o problema que assola o judiciário, que é a quantidade exorbitante de processos

versus uma pequena quantidade de servidores qualificados, a conscientizar as pessoas dos seus direitos, principalmente no que pertine ao direito de acesso à justiça, e também, como instrumento para se atingir a paz social.

Assim, é fundamental a pesquisa e o estudo destes pontos sobre a mediação, focando principalmente no direito de família, a fim de informar e esclarecer sobre os benefícios da elaboração de um acordo como meio consensual de resolução de litígios. É preciso que a sociedade perceba que por ser uma maneira simples e rápida, a mediação resulta em um instrumento muito mais eficaz para ambas as partes.

1.2 – OBJETIVOS

O presente trabalho tem como objetivo geral apresentar a mediação como um instrumento de humanização do Judiciário, por se tratar de um meio alternativo de resolução de conflitos, que serve de auxílio a este órgão, contribuindo para a diminuição do acúmulo de demandas.

Os objetivos específicos são: explicar o que é e como se dá o processo de mediação, bem como seus objetivos e seus princípios; mostrar para quais conflitos cabem o processo de mediação; analisar quais os benefícios e resultados trazidos à esfera do Direito de Família e avaliar as conseqüências de um acordo realizado através da Mediação no Universo Jurídico.

1.3 – METODOLOGIA

O trabalho monográfico foi desenvolvido por meio da pesquisa bibliográfica, sendo consultados livros e artigos publicados. A tipologia adotada quanto à utilização dos resultados é pura por que não quer transformar a realidade, o objetivo dessa pesquisa é uma busca do conhecimento. A abordagem, por sua vez, será qualitativa porque não busca critérios de representatividade numérica, mas uma compreensão das ações e relações humanas e uma observação dos fenômenos sociais. Quanto aos objetivos, esta pesquisa é exploratória, pois indica os fatores que contribuem para a ocorrência de fenômenos e aprofunda o conhecimento.

2. NOÇÕES PRELIMINARES DA MEDIAÇÃO

Diante da complexidade dos conflitos enfrentados pela sociedade, na necessidade do diálogo entre os indivíduos e, ainda, da importância da participação ativa da sociedade nos problemas da coletividade, surge a mediação, como meio extrajudicial e consensual de resolução de conflitos, colocando o problema de forma positiva, facilitando o diálogo entre os indivíduos, prevenindo controvérsias, contribuindo para a exclusão e a paz social.

2.1 – HISTÓRICO, CONCEITOS E DEFINIÇÕES

HISTÓRICO

A humanidade, desde seus primórdios, evoluiu extraordinariamente. São incontestáveis os avanços da tecnologia e da ciência, da velocidade dos meios de transporte e também o surgimento das comunicações em tempo real, envolvendo o mundo. Há inter-relacionamento entre os povos, editando acordos comerciais multilaterais e tantas outras frentes de intercâmbio universal, obrigando os países e entidades a subscreverem medidas de acompanhamento dessas transformações socio-culturais.

Diante deste cenário, a mediação tem se expandido por todos os recantos do mundo, porquanto se reveste de uma das modernas formas alternativas de resolução de conflitos, de maneira célere, própria para acompanhar essas rápidas transformações.

Cresce na sua esteira, igualmente, o número de pessoas que atuam ou se interessam pela mediação, em qualquer área, indicando promissora perspectiva de atuação como mediador.

Em todo o longo período da História Humana, desde os tempos de que se têm notícias do uso da mediação até o início do século XX, se desconhece que tenha havido uma instrução ou capacitação específica para mediadores, se não talvez, apenas informal. Só após o ano de 1950 surgiram no Brasil alguns focos de mediação em um formato “oficial”. E como bem diz Christopher W. Moore: "Somente a partir da virada do século XX a mediação tornou-se formalmente institucionalizada e desenvolveu-se como profissão reconhecida" (1998)

É oportuno dizer que a mediação é reconhecida como profissão em, apenas, alguns estados norte-americanos e outros poucos países, entre eles a Argentina. Em Porto Alegre, por sugestão da MEDIAR[1], a Câmara de Vereadores aprovou projeto de inclusão das ocupações autônomas de Mediador ou Árbitro, como prestadores de serviços, na lista de ocupações para efeitos tributários, podendo ser um primeiro passo rumo à profissionalização futura.

E continua dizendo C. W. Moore que “esse interesse se deve, em grande parte, pelo reconhecimento mais amplo dos direitos humanos e da dignidade dos indivíduos, na crença de que cada um tem o direito de participar e ter o controle das decisões que afetam sua própria vida”. Influenciam o grande interesse pela mediação, também, a crescente insatisfação com os processos autoritários de decisão, que afrontam, quantas vezes, os interesses mais genuínos das partes e pressionados pelos custos crescentes e pela morosidade de resolução dos problemas. Os Estados Unidos são um dos países mais desenvolvidos em mediação, indubitavelmente, tanto na esfera pública como na esfera privada. Na área privada, foi fundada, em 1926, a American Arbitration Association - AAA,

[1] A **MEDIAR** é uma entidade que foi criada para atuar como um foro de justiça na área privada.

voltada para a arbitragem comercial, mas também para a mediação (que é um acordo voluntário).

Canadá, Inglaterra e Austrália utilizam, na área privada, como regra, além da arbitragem, a mediação, já há um longo tempo.

É comum ouvir-se, no Brasil, que ao direito lesado a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, sendo essa apenas uma das opções para resolução de um conflito. É evidente que quando alguém tiver um direito seu lesado pode procurar o Poder Judiciário para que esse direito lhe seja assegurado. Porém existem outros caminhos paralelos ao Poder Judiciário que podem resolver o conflito, até de uma forma mais célere. As nações socialistas, como exemplo a China, utilizam largamente a mediação e arbitragem. "A República Popular da China pratica muito a mediação nos conflitos interpessoais, comunitários e cíveis através dos Comitês Populares de Conciliação e dos tribunais de conciliação"[2].

A mediação é aplicada para resolver disputas ambientais e de jurisdição.

O Japão utiliza largamente a mediação, que está incorporada nos meios empresariais e ambientais. Tem grande importância a mediação familiar, que é obrigatória nos casos de divórcio.

Indonésia, Sri Lanka, Filipinas, Austrália, Nova Zelândia e Melanésia são países que desenvolvem a mediação, sendo esses os primeiros a vincularem a função de mediadores à de juizes auditores.

Em todos os países em que se desenvolve a mediação, destaca-se que o mediador é uma pessoa benquista na comunidade, de reconhecido saber e respeitado pelas partes. Ao ser indicado para mediar o conflito, o mediador é aceito pelas partes, cabendo-lhe conquistar a confiança e construir credibilidade junto às partes.

Enfim, a Europa inteira se beneficia pelo uso da mediação, com destaque para a Inglaterra, Irlanda, Holanda, Alemanha e França e nos países escandinavos (ACLAND, 1990). Recentemente, também o leste europeu está aderindo à

[2] GINSBERG, 1978; LI, 1978, 1988

institucionalização da mediação, após a derrocada do sistema político, então, vigente.

A Argentina adota a mediação de forma legal, pelo decreto 1480/92[3] do Poder Executivo argentino, que declarou a mediação de interesse nacional, caracterizando-a como um processo informal, voluntário e confidencial, ressaltando , ainda, que o mediador não decide a disputa, mas ajuda as partes que o façam (ALVAREZ).

Esse país vizinho adotou o sistema pelo qual os mediadores devem ser certificados pelo Centro de Mediação do Ministério da Justiça e formados em Direito ou Psicologia, de forma obrigatória. Após a experiência do Decreto nº. 1480/92, foi votada a lei nº. 24.573, que institui, na Argentina, a mediação pré-judicial obrigatória, que hoje se encontra plenamente implantada, objetivando o bem estar individual e social da população pela prática cooperativa de resolução pacífica de disputas (ALVAREZ). No Brasil, a Mediação já é usual e desperta bastante interesse, principalmente na área familiar, existindo diversas entidades e institutos desenvolvendo a cultura desse importante instituto.

Não subsistem dúvidas quanto ao fato de que ela será muito utilizada nas áreas comercial, industrial, logística e transportes, entre outras.

Está sendo encaminhado ao Congresso Nacional um projeto de lei sobre mediação incidental, objetivando que um grande número de questões encaminhadas ao Judiciário tenham, previamente, uma solução acordada, num procedimento chamado de pré-mediação. Dentro desse projeto, o Poder Judiciário disponibilizaria um rol de mediadores capacitados por entidades e organismos especializados. Estar-se-á, então, ingressando numa experiência de aplicação da mediação numa forma mista. Para as questões incidentais acordadas perante o Judiciário, será aplicada a forma pública.

A mediação privada seguirá seus rumos, aos moldes do resto do mundo, e esta ganha especial interesse, pois que, como na arbitragem, os processos são sigilosos.

[3] Decreto 1.480 de 19 de agosto de 1992

CONCEITOS

A Mediação se origina da palavra latina "**mediatio**" - "**meditationis**" no seu genitivo, que significa, "intervenção com que se busca produzir um acordo" ou ainda "processo pacífico de acerto de conflitos, cuja solução é sugerida, não imposta às partes".

É um procedimento consensual de solução de conflitos, por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a decisão de uma disputa, em que as partes, obrigatoriamente, irão decidir, representando, portanto, um mecanismo de solução de divergências pelas próprias partes.

Segundo os ensinamentos de Adolfo Braga Neto[4],

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

No processo de mediação, são as partes que detêm a gestão de seus conflitos e, conseqüentemente, o poder de decidir, tendo o mediador como auxiliar, diferentemente da jurisdição estatal em que o poder de decidir cabe ao Estado.

[4] Artigo publicado pelo advogado Adolfo Braga Neto - Mediador Voluntário da AVAIDS - Assoc.de Voluntários em Apoio aos Portadores de Aids, Diretor Geral do Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil – Regional São Paulo, Presidente Geral do CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem.

Dessa maneira, a mediação é considerada um procedimento complexo, já que transcende o conflito a ser resolvido. Ela não só enquadra o conflito nas normas de direito preexistentes, mas também orienta as partes para a criação de soluções adequadas, deixando de ser tido como algo negativo, e tornando-se positivo, natural e necessário, para o aprimoramento das relações.

Em síntese, o conflito, quase sempre torna algo negativo, é entendido pela mediação como algo positivo, uma vez que é importante para a formação do indivíduo e da coletividade, fazendo com que as posturas antagônicas deixem de ser interpretadas como algo eminentemente mau para tornar-se algo comum na vida de qualquer ser humano que vive em sociedade.

> [...] o conflito em si é potencialmente transformativo: ou seja, a agúcia oferece aos indivíduos a oportunidade de desenvolver e integrar suas capacidades de força individual e empatia pelos outros. [...]. Os processos de intervenção como a mediação podem ser elaborados de modo a captar o potencial transformativo de conflito [...][5].

DEFINIÇÕES

Na concepção de Áureo Simões Júnior[6],

> "A Mediação é uma técnica pela qual, duas ou mais pessoas, em conflito potencial ou real, recorrem a um profissional imparcial, para obterem num espaço curto de tempo e a baixos custos uma solução consensual e amigável, culminando num acordo em que todos ganhem. A Mediação é uma resposta ao incremento da agressividade e desumanização de nossos dias, através de uma nova cultura, em que a solução dos conflitos passa por um facilitador profissional que tenta através de várias técnicas, pela conscientização e pelo diálogo proporcionar uma compreensão do problema e dos reais interesses e assim ajudar as partes a acordarem entre si, sem imposição de uma decisão por terceiro, num efetivo exercício de cidadania".

Segundo Christopher W. Moore, renomado mediador americano "A mediação é definida como a interferência em uma negociação ou em um conflito, de uma terceira pessoa aceitável, tendo o poder de decisão limitado ou não autoritário,

[5] FOLGER; Bush, p. 85
[6] Presidente da ABRAME – Associação Brasileira de Árbitros e Mediadores.

e que ajuda as partes envolvidas a chegarem, voluntariamente, a um acordo, mutuamente, aceitável em relação às questões em disputa".

Assim definida, a Mediação é uma forma de tentativa de resolução de conflitos através de um terceiro, estranho ao conflito, que atuará como uma espécie de "facilitador", sem entretanto, interferir na decisão final das partes que o escolheram. Sua função é a de tentar estabelecer um ponto de equilíbrio na controvérsia, aproximando as partes e captando os interesses que ambas têm em comum, com a finalidade de objetivar uma solução que seja a mais justa possível para as mesmas. É uma tentativa de um acordo possível entre as partes, sob a supervisão e auxílio de um mediador. Uma das grandes vantagens da Mediação é que ela pode evitar um longo e desgastante processo judicial, pois a mesma se dá antes que as partes se definam por uma briga nos tribunais, resolvendo suas diferenças de forma extrajudicial, levando ao Judiciário apenas aquelas questões que não podem ser resolvidas de outra forma.

2.2 – NATUREZA JURÍDICA

A mediação, utilizada atualmente em nosso pais, tem natureza jurídica de um contrato, pois sempre é baseada na manifestação da vontade das partes, criando, extinguindo ou modificando direitos, devendo constituir-se de objeto lícito e não defeso em lei, razão pela qual estão presentes os elementos formadores do contrato.

Poderá ser objeto da mediação todo negócio jurídico no qual não incidam sanções penais e que não atente contra a moral e os bons costumes.

2.3 – PRINCÍPIOS E OBJETIVOS

PRINCÍPIOS

Os princípios da Mediação não possuem forma predeterminada, podendo variar de país para país. No entanto podem-se apontar alguns princípios que devam estar presentes, independentemente do país onde é realizada a mediação. São eles: liberdade das partes, não-competitividade, poder de decisão das partes, participação de terceiro imparcial, competência do mediador, informalidade no processo, confidencialidade no processo, boa-fé e igualdade de diálogo entre as partes.

Liberdade das partes

Esse princípio significa que as partes devem estar livres para resolverem seus conflitos, por meio da mediação, ou seja, tem que haver a vontade (voluntária) das partes, não podendo de forma alguma estar sofrendo qualquer tipo de coação.

Portanto, o indivíduo ao optar por esse meio amigável de solução de conflitos, tem de fazê-lo conscientemente.

Em sua obra, Regina Maria Coelho Michelon[7] diz: “as partes devem estar livres para escolher a mediação como processo para solucionar o conflito e livres para escolher o mediador em que depositem confiança”.

Vale ressaltar que a liberdade das partes envolve dois prismas: a liberdade para optar pela mediação como meio de solução de conflitos e a liberdade para decidir e resolver o conflito no processo de mediação.

[7] MICHELON, Regina Maria Coelho - Mediação: Métodos de Resolução de Controvérsias”, LTr. 1999, pág. 157

Quanto à escolha, a mediação poderá ser voluntária, se tiver início por vontade das partes em que acordam em desenvolver tal processo; e mandatória, aquela que tem início por determinação do juiz, cumprindo legislação vigente do país, ou alguma cláusula contratual que possa prever tal procedimento.

Alguns autores, costumam criticar a obrigatoriedade do processo de mediação imposta pela legislação de alguns países, no entanto essa obrigatoriedade resume-se ao comparecimento à primeira audiência convocada pelo mediador, em que, após cumprida essa formalidade, poderão as partes ingressar com uma ação judicial.

Como explica Juan Carlos Vezzula[8],

> "É voluntária porque só pode realizar-se com a aceitação expressa dos clientes. [...]. Mesmo nas regiões onde é obrigatório passar por uma sessão de mediação ou pré-mediação como requisito para poder ajuizar uma causa, essa obrigatoriedade não excede a primeira sessão, onde os participantes podem expressar sua negatividade a começar, e até mesmo iniciá-la para interrompê-la assim que desejarem."

Não-competitividade

Esse princípio significa que o conflito sempre deve ser recebido de forma a não incentivar a competição, já que na mediação o conflito é tido como positivo. Diferentemente do que acontece no Judiciário, as partes nunca se dividem em perdedor e ganhador, mas sempre em ganhadores.

Na mediação, procura-se amenizar os sentimentos negativos entre as partes, buscando sempre, a percepção da importância de uma solução pacífica para os problemas, estimulando por sua vez, um sentimento de cooperação e de comunicação.

[8] VEZZULA, Juan Carlos -Teoria e Prática da Mediação – p. 26 - Gráfica PJ Comunicações

Poder de decisão das partes

A decisão final do conflito somente cabe às partes. Ao mediador atribui-se apenas a tarefa de auxiliar as partes a estabelecer a comunicação entre si e a avaliar os objetivos, conduzindo a um entendimento que seja satisfatório para ambas. Por meio do diálogo e de reflexões no decorrer do processo, as partes alcançam esse entendimento.

Haim Grunspun[9] explica, em sua obra, que: "O mediador não é juiz nem árbitro que impõe uma decisão às pessoas; é um profissional treinado em assistir as pessoas para negociar suas resoluções próprias para seus conflitos".

No decorrer do processo deve-se esclarecer a importância do diálogo entre os indivíduos conflitantes, que se encontram e igualdade de condições, sendo a boa-fé um requisito imprescindível para que o impasse, se tenha, de forma isonômica, o poder real da decisão.

Participação de terceiro imparcial

Para a solução adequada de um conflito se faz necessário sempre, a imparcialidade, que consiste na posição do terceiro, que é o mediador, devendo este estar em relação às partes e aos interesses envolvidos.

[9] GRUNSPUN, Haim - Mediação Familiar, O mediador e a separação. Editora LTR.

A imparcialidade é uma característica inerente ao mediador, já que é obrigação sua, ajudar as partes a reconhecerem os reais conflitos existentes, criando entre elas novos vínculos. O processo de mediação torna-se descaracterizado, caso o mediador venha a manipular a argumentação.

Diferentemente do que acontece no processo judicial, no qual as partes são obrigadas a aceitar o que for determinado pelo juiz, na mediação fica a critério delas a escolha e a aceitação do mediador que entenderem mais adequado e imparcial.

Competência do mediador

Esse princípio afirma que o mediador somente deverá participar do processo de mediação quando cumprir as exigências necessárias para satisfazer as expectativas das partes, devendo sempre agir com cuidado e prudência, com o fito de garantir qualidade e o resultado do processo.

Deverá o mediador retirar o conflito do espaço negativo, e elevá-lo ao espaço positivo, devendo também acalmar os ânimos e fazer com que os litigantes resolvam suas desavenças com base na razão, e não pela emoção de sentimentos ruins, como a ira e o ódio.

Emina Jean François Six explica, em sua obra, que:

> "É responsável como um diretor de cinema ou um maestro, que não tomam o lugar dos atores ou dos músicos, a quem compreendem, infundem confiança, insuflam ritmo, trazem uma espécie de energia suplementar e impulsionam a dar todo o seu talento. Mas ao final das contas, diretor e maestro são tidos como primeiros responsáveis pela obra produzida". (2001, p. 223).

Informalidade do Processo

Esse princípio significa dizer que não existem regras no processo de mediação, sendo este essencialmente informal, ou seja, não existem formas pré-determinadas, já que os objetivos podem ser alcançados sem formalismos.

Diferentemente do que acontece no Poder Judiciário, que está submetido às regras de Direito Processual, no processo de mediação o que predomina é a informalidade, o que leva muitas pessoas a questionarem a efetividade do processo. Isso não faz sentido, tendo em vista que os acordos são reduzidos a termo e, posteriormente, homologados transformando-se em títulos executivos extrajudiciais.

Em alguns países, a mediação é regulada em lei, como na França, Argentina, etc, mas, no Brasil, onde ainda não há regulamentação específica, a organização e a documentação referentes à mediação ficam a critério do mediador.

Confidencialidade no processo

No processo de mediação, cabe ao mediador a confidencialidade do procedimento, guardando para si o conteúdo do litígio, devendo ainda agir como protetor do processo garantindo, por sua vez, lisura e integridade.

Ao iniciar o processo de mediação, o mediador deverá esclarecer as partes de como esta funciona e quais os reais objetivos a serem alcançados, informando-os do sigilo processual para que, assim, as partes possam ter a certeza que seus conflitos não serão revelados a terceiros.

Existe, portanto, um pacto de confidencialidade entre o mediador e os litigantes, proporcionando um estabelecimento de confiança e respeito, suficiente

para um diálogo franco e sincero, cujos fatos e circunstâncias abordados são garantidos pelo sigilo.

Boa-fé e igualdade de condições de diálogo

Faz-se necessário que a boa-fé seja um traço marcante naqueles que procuram ou são convidados a participar de um processo de mediação, pois caso contrário, torna-se quase impossível um diálogo franco e justo. Da mesma maneira, é imprescindível que exista igualdade nas condições de diálogo, de forma a evitar que uma parte possa manipular a outra, o que resultaria em um acordo frágil com grande probabilidade de ser cumprido.

OBJETIVOS

A mediação, como uma forma de heterocomposição dos conflitos sociais, é uma prática exercida por uma ou mais pessoas não envolvidas, que usando técnicas apropriadas, assistem às partes na solução dos mesmos, identificando os pontos de controvérsia, visando facilitar que os mediandos tomem as decisões que componham, da forma mais completa possível, os respectivos interesses.

Em meio ao desenvolvimento da mediação, utilizado nos mais diversos campos do direito, a mediação familiar, como área especializada, surgiu nos EUA por volta de 1974, e teve como objetivo prevenir os danos produzidos pelo divórcio e sobretudo as suas conseqüências negativas no desenvolvimento dos filhos.

Fiel a estes objetivos iniciais, a mediação familiar tem por objeto a família em crise, quando seus membros se tornam vulneráveis, não para invadir ou para dirigir o conflito, mas para oferecer-lhes uma estrutura de apoio profissional, a fim de que lhes seja aberta a possibilidade de desenvolverem, através das confrontações, a consciência de seus direitos e deveres, criando condições para que o conflito seja resolvido com o mínimo de comprometimento da estrutura psico-afetiva de seus integrantes. Podendo também ser vista como uma técnica eficiente para desobstruir os trabalhos nas varas de família e nas de sucessões, influindo decisivamente para que as querelas judiciais tenham uma solução mais fácil, rápida e menos onerosa.

A partir do momento que a mediação estimula a comunicação entre as partes, percebe-se que esta ultrapassa seu objetivo, que é a solução do conflito, passando a preveni-los. Apesar de o processo da mediação ser bastante complexo, consegue-se perceber evidentemente quatro objetivos, que serão apontados a seguir.

A solução de conflitos

É o principal e mais claro objetivo da mediação. Processo em que por meio do diálogo, as partes interagem em busca de um acordo satisfatório para ambas, possibilitando uma boa administração da situação vivida e conseqüentemente, alcançando um acordo satisfatório.

Maria de Nazareth Serpa[10] informa em sua obra que: “O objetivo principal da mediação é o acordo entre as partes, ou seja, a produção de um plano de ação para as futuras relações de pessoas envolvidas num conflito”.

[10] SERPA, Maria de Nazareth**.** *Teoria e Prática de Mediação de Conflitos.* P. 150. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 1999.

Para alcançar esse objetivo, faz-se necessário primeiramente, tentar amenizar o sentimento negativo existente entre as partes, buscando a comunicação entre elas, fazendo-se necessário abordar a controvérsia de maneira positiva ou seja, mostrando que o conflito é inerente ao homem.

Posteriormente, explica-se a finalidade da pacificação do conflito pelo encontro entre os interesses das partes, ou seja, que na mediação não existem ganhadores e perdedores, pois ambas ganham cabendo somente a elas a solução das divergências.

E, por fim, deve-se esclarecer que na mediação o acordo realizado deve ser cumprido, já que o mesmo foi realizado de livre e espontânea vontade.

A prevenção de conflitos

A mediação, que tem por objetivo evitar a má administração do problema, deve ser entendida como uma maneira de se prevenir o conflito, possibilitando sua real solução, evitando que este se transforme em uma controvérsia ainda maior.

No momento em que o mediador ajuda a solucionar efetivamente a controvérsia, alcança o impasse real, passando a prevenir a má-administração de outros futuros impasses. Nos ensinamentos do autor Luis Alberto Warat[11]

> "[...] na mediação é fundamental trabalhar os não-ditos do sentido, esses expressam o conflito com um maior grau de riqueza. Os detalhes de um conflito revelam-se muito mais pelo não-dito, do que pelo expresso. Não podemos esquecer que a mediação se realiza, sempre, pela percepção e pelo trabalho que se pode realizar em sua relação aos infinitos detalhes".

Portanto a mediação preventiva ultrapassa o objetivo do acordo entre as partes, passando de uma relação de disputa para tornar-se relação de colaboração, estabelecendo comunicação harmônica e mitigando os conflitos futuros.

[11] WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador.* Vol. 1. P. 89. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

A inclusão social

A mediação proporciona aos indivíduos uma maior participação nas questões sociais, já que eles juntamente com o mediador, decidem a melhor solução para os seus problemas, ensinando e principalmente conscientizando a sociedade dos seus direitos e deveres e também como alcançar a efetivação desses.

A mediação apresenta-se portanto, com o objetivo de oferecer aos cidadãos participação ativa na resolução de conflitos, resultando no crescimento do sentimento de responsabilidade civil e de controle sobre os problemas vivenciados, podendo ser visto claramente, quando se fala em mediação comunitária (nos bairros periféricos das cidades).

A paz social

Finalmente, o último objetivo da mediação é a paz social, que vai além da violência física e moral, ou seja, é a necessidade que a sociedade tem de efetivar os direitos fundamentais.

É claro que não se pode falar em efetividade da paz social quando se verifica a existência de pessoas famintas, de elevado índice de desemprego, de trabalho escravo e infantil, de prostituição infantil, de tráfico de droga, de péssima qualidade de moradias, de baixo nível de serviço público, entre outros problemas vividos pela sociedade.

No entanto o processo de mediação ensina como alcançar a paz social, ou seja, resolvendo e prevenindo a má-administração do conflito.

3. FIGURANTES DA MEDIAÇÃO

Toda comunicação consta de três partes: o emissor, o canal pelo qual a mensagem é transmitida e o receptor. Falhas podem aparecer em qualquer uma ou em todas elas.

Vários especialistas em comunicação explicam a importância de pensar a quem se dirige a mensagem, para elaborá-la segundo a linguagem que será mais clara para o receptor. Daí a necessidade de o mediador avaliar cada cliente para saber como a sua mensagem atingirá melhor seu objetivo.

3.1 – PARTES

Quando se cria um conflito entre duas pessoas, o crescimento ou escalada da violência confunde de tal maneira a comunicação, que já ninguém sabe com certeza, qual foi a verdadeira causa que deu origem à briga, que interesses opostos a geraram. Quando duas pessoas lutam pelo direito a uma propriedade, as razões objetivas que sustentam com clareza tal direito, são as que levam a sentar, negociar e finalmente chegar a um acordo. Se as partes não podem se dar conta de seus próprios desejos, como farão para satisfazê-los se eles mesmos não sabem o que realmente querem.

Sentem-se agredidos pela intromissão ou a invasão do desejo de outra pessoa em seu objeto desejado, mas não conseguem saber com certeza o que

desejam desse objeto ou para o que desejam. Lutam com ideais de justiça pelo que consideram sua propriedade sobre o objeto, ou ao menos seu direito sobre ele, mas desconhecem não somente se é seu este objetivo, ou a que parte ou porção dele é seu ou a que tem direito realmente.

Neste jogo ilusório de propriedade e direitos, de confusões refletidas de seus próprios conflitos internos, surgem os grandes conflitos interpessoais.

O conflito de interesses pode vir a prejudicar principalmente um menor, quando falamos de um conflito que envolve alimentos, por exemplo. É o menor o maior prejudicado, pois se depara com um quadro de constantes brigas, ofensas e falta de bom senso dos pais.

3.2 – MEDIADOR

Segundo Juan Carlos Vezulla, uma das formas mais efetivas para definir um mediador é dizendo o que ele não é.

Não é um juiz, pois não impõe um veredicto, mas como um juiz, deve ter o respeito das partes conquistado com sua atuação e imparcialidade.

Não é um negociador que toma parte na negociação com interesse direto nos resultados. Dependerá das partes a conclusão da mediação, com um acordo ou não. Não é um árbitro que emite um laudo da decisão. O mediador, ainda que seja um expert no tema em questão, não pode dar assessoramento sobre o assunto em discussão. Ele cuida do relacionamento e da descoberta dos verdadeiros interesses reais de cada uma das partes, ou seja, o mediador é um terceiro imparcial que auxilia as partes litigantes a identificar os seus conflitos e interesses, buscando em conjunto, construir soluções para a realização de um acordo.

Deve possuir algumas características determinantes para uma boa atuação como, por exemplo, a capacidade de ouvir, a paciência para compreender

os problemas, a tolerância, o bom humor e a paz entre as partes, a imparcialidade, a ética, não devendo mediar conflitos que envolvam amigos, inimigos ou parentes, enfim, precisa compreender que o exercício da mediação representa um aprendizado contínuo.

O processo de mediação busca uma saída rápida e eficaz para as partes, pautando-se é claro, pela informalidade, por isso o procedimento deverá seguir os critérios da voluntariedade, autonomia das partes, gratuidade, honestidade, imparcialidade, confidencialidade e competência, que são os princípios basilares da mediação, para que esta se estabeleça definitivamente no país.

3.3 – ADVOGADO

Após pesquisa realizadas sobre o tema, os mesmos puderam sentir a sua falta de imparcialidade e ou neutralidade diante das partes envolvidas. Não nos resta dúvidas que a ação desse especialista do direito, ao conduzir a "mediação" que emprega, deixa transparecer com clareza e segurança que seu principal papel é a defesa do seu cliente.

Todavia, ao ajudar seu cliente a resolver os conflitos, com certeza não objetiva a imparcialidade das partes envolvidas e também não coloca de antemão a resolução dos conflitos com o menor tempo e custos no mais amplo sentido. Poucos buscam a satisfação das partes, mas sim a satisfação do seu cliente, prevalecendo ao concluir o impasse, que alguém ganhou ou perdeu algo e se possível que os ganhos tenham sido de seus clientes. Muito pior ainda, quando essa perda ou ganho vem principalmente da decisão de um Tribunal.

Contudo, algumas vezes o profissional do direito, escuta a outra parte e essa escuta acaba colaborando na evolução do caso, muitas vezes, levantndo fatos graves que acabam modificando totalmente a situação, colocando-o diante das omissões apresentadas por seu cliente.

Em outras ocasiões, ciente da veracidade dessas omissões, e na defesa de seu cliente, acaba por força dessa defesa, negligenciando o bem estar dos filhos menores, levando-os a uma ação litigiosa e desgastante para ambas as partes.

É preciso entender que ao ouvir, estará recebendo um relato subjetivo. Por mais que esse profissional queira agir com imparcialidade, esse processo se dará quando se prontificar a ouvir a outra parte. Esse conhecimento é indispensável para o bom assessoramento ao seu cliente.

Esse especialista, por mais que tenha uma atitude negociadora e um juízo contencioso diante do conflito apresentado, torna-se para ele uma batalha a ser enfrentada. Por mais que sejam duras as palavras, no momento da escuta, poderá uma das partes perderem-se nos relatos, passarem despercebidos alguns fatos importantes ou então acabar omitindo outros pontos de fundamental importância para o momento processual, definindo-se assim, o resultado do pleito de forma desfavorável para os interesses de seu cliente, com quem parcialmente se sente compromissado.

Contudo, se esse profissional desejar mediar ao invés de defender apenas uma parte, os resultados serão muito mais plausíveis, não só para às partes, mas para si próprio, quando for solucionar o conflito, independente da ação ser uma separação conjugal, regulamentação de visitas, pensão alimentícia, entre outros.

Esse processo tem como instrumento fundamental a confidencialidade que protege as informações ali apresentadas.

Nas questões familiares o mais importante não é a renuncia de alguma coisa, onde há ganhos e perdas, como se tem visto no processo judicial, mas com a mediação o que se busca é basicamente o término de um conflito.

Quando o conflito é muito grande e a mediação é bem empregada, o tempo usado não deve ser considerado como tempo perdido, mas sim como tempo ganho para o consenso das partes.

Algumas vezes, as partes chegam para o processo de mediação com todos os problemas de menor importância resolvidos. Sabemos que o divorcio é o fracasso de um projeto de vida, onde tem sofrimento, bronca, desconfiança, mas

que necessitam da ajuda de profissionais que intervenham. Para que se entenda todo esse processo em que as partes tenham que amadurecer individualmente, elas devem tomar consciência do que estão cedendo e o que estão ganhando, sendo para isso que precisam de tempo e de bons assessores que os acompanhem. O tempo varia de caso para caso, assim como do conflito e fundamentalmente das características pessoais dos envolvidos. É importante que o mediador seja capaz de definir se realmente estão envolvidos num processo de negociação ou somente ganhando ou perdendo tempo.

O mediador que trabalha com o direito de família, deve ter um grande compromisso com sua tarefa, uma formação especializada e interdisciplinar, e na medida do possível, trabalhar em equipe, objetivando o convencimento da importância dessa mediação.

3.4 – JUIZ

Introduzida como prática no Brasil juntamente como a arbitragem, a mediação entre nós ainda não foi regulada através de legislação, mas nos sistemas legais no qual a mediação familiar foi implementada através de legislação específica, o reconhecimento da autonomia da vontade dos interessados e da sua capacidade de resolução das questões familiares, encontrando afirmação no sistema jurídico, através do papel subsidiário e supletivo reservado ao Estado neste campo. De um modo ainda não presente no ordenamento brasileiro, é ainda excessivamente interventivo.

Mas o fato de ainda não existir no Brasil uma legislação que venha a regular a aplicação da mediação familiar nos tribunais, não impede a sua aplicação desde logo, possibilitando uma maior celeridade e eficácia nas decisões judiciais. Serão consolidados os resultados obtidos através da homologação dos acordos a que chegarem os interessados, com a intervenção do mediador.

Para que haja a aplicação da mediação em qualquer conflito no judiciário, necessário se faz a qualificação não só dos servidores que dão andamento ao processo, dos mediadores, mas também dos juízes, para que esses tenham a sensibilidade para lidar com questões tão delicadas.

Isto porque a harmonia social e a solução pacífica das controvérsias são um dos enunciados do preâmbulo da Constituição Brasileira, e a quase totalidade dos instrumentos processuais adotados em ações de direito de família já prevêem uma fase de conciliação prévia, não só através da aplicação dos princípios gerais do Código de Processo Civil, e da Lei nº 968/54, 5º e 6º, como das regras insertas em legislação especial, como a Lei de Divórcio, e a Lei de Alimentos.

A mediação poderá ocorrer através de proposta feita pelo juiz, se aceita pelas partes. Quando na fase de conciliação, verificar a ocorrência de uma exacerbação dos pontos controversos ou de posições aparentemente inconciliáveis nos interesses das partes, podendo ter início no curso do processo e ultrapassada sem êxito a fase de conciliação, pois até a prolatação da sentença sempre será viável.

Por outro lado, em qualquer fase processual que anteceda a sentença, poderão as partes requerer a suspensão do processo por um determinado prazo a fim de dar início ao processo de mediação.

Em ambos os casos, a medida estará amparada pelo CPC, 265, II[12], e, uma vez excedido o prazo de seis meses do § 3º sem que as partes tenham chegado a uma solução adequada, poderá ordenar o prosseguimento do processo.

Tratando-se a voluntariedade de um dos princípios da mediação, a participação no processo deverá sempre ser uma opção dos interessados, e assim tem sido na maioria dos ordenamentos nos quais, a mediação familiar foi regulamentada, muito embora algumas delas, como a da Flórida, a encorajem fortemente, com a adoção de facilidades para os casos já protocolados com mediação.

[12] Suspende-se o processo: II - pela convenção das partes;

Algumas dessas vantagens poderão ser oferecidas desde já às partes, pelo juiz no nosso sistema atual, como a de antecipação de audiências, desde que como já é costume nas varas de família, as audiências de homologação serem marcadas com prioridade em relação àquelas que dependam de instrução demorada, até mesmo porque podem ser realizadas em maior número sem que seja necessário o dispêndio de muito tempo.

Como não existe no Brasil ainda a mediação como serviço público ou atividade pública, o custo da intervenção em princípio ficará a cargo das partes, mas nada impede que através de convênios com entidades públicas seja viabilizado o acesso à mediação às partes reconhecidamente pobres.

4. MEDIADOR

Como já dito anteriormente, o mediador é um terceiro imparcial que auxilia as partes litigantes a identificar os seus conflitos e interesses, buscando em conjunto, construir soluções para a realização de um acordo.

O mediador deve possuir algumas características determinantes para uma boa atuação como, por exemplo, a capacidade de ouvir, a paciência para compreender os problemas, a tolerância, o bom humor e a paz entre as partes, a imparcialidade, a ética. Não deve mediar conflitos que envolvam amigos, inimigos ou parentes, enfim, precisa compreender que o exercício da mediação representa um aprendizado contínuo.

4.1 – QUEM É O MEDIADOR

O condutor da mediação dos conflitos é denominado mediador – terceiro imparcial que auxilia o diálogo entre as partes com o intuito de transformar o impasse apresentado, diminuindo a hostilidade, possibilitando o encontro de uma solução satisfatória pelas próprias partes para o conflito.

O mediador auxilia na comunicação, na identificação de interesses comuns, deixando livres as partes para explicarem seus anseios, descontentamentos e angústias, convidando-as para a reflexão sobre os problemas

e as razões por ambas apresentadas, sobre as conseqüências de seus atos e os possíveis caminhos de resolução de controvérsias.

A mediação auxilia a convergência, possibilita o diálogo entre as partes, cria laços.Veja-se a opinião abalizada de Dora Fried Schnitman[13]:

> "[...] resoluções alternativas de conflitos oferecem novas opções não litigantes. São práticas capazes de atravessar a diversidade de contextos sociais; são estruturadas para capacitar a aprenderem a aprender, permitindo-lhes tanto um escrutínio tanto das diferenças quanto das convergências. A partir do momento que as divergências podem ser dirimidas, a escalada dos conflitos se reduz, aumenta a habilidade para compreender os diversos pontos de vista e são geradas, durante o processo, novas possibilidades, novos enquadramentos e maneiras práticas de litigar com as diferenças."

O mediador portanto, pela cooperação, ajuda a se discutir com respeito, coordena a discussão, ressalta as convergências e as divergências, investiga os pontos de atrito, motiva a criatividade na procura de soluções, auxilia as partes a descobrir seus reais interesses, permitindo que o acordo seja justo, satisfatório, eqüitativo e duradouro. Nos ensinamentos de Osvaldo A. Gozaíni, "el mediador facilita las cosas para que los que asisten a la audiencia puedan hablar francamente de sus interesses, dejando de lado sus posiciones adversas"[14].

O mediador, em face do princípio da confidencialidade do processo, é impedido de revelar o conteúdo das mediações. A imparcialidade, a confidencialidade, a competência, a prudência são princípios que direcionam a atividade do mediar e possibilitam a sua permanência como tal.

O mediador deve aprofundar seus conhecimentos na resolução de conflitos e perceber que os problemas reais, muitas vezes encontram-se implícitos nas questões aparentes. Ao bom mediador não cabe determinar quem está certo ou errado, pois o que é aparente muitas vezes não condiz com a realidade. A atuação do mediador é contínua e dialética.

Ainda delineando a figura do mediador, Lídia Miranda de Lima Amaral[15] diz que o "mediador não toma qualquer decisão ou medida. Ele não tem, nem o

---

[13] SCHNITMAN , Dora Fried - Novos Paradigmas, Cultura e Subjetividade. Editora Artmed, RS – 1996.
[14] GOZAÍNI. Formas alternativas para la resolución de conflictos, p.1
[15] **AMARAL**, Lídia Miranda de Lima. "Mediação e arbitragem: uma solução para os conflitos trabalhistas no Brasil". São Paulo: LTr, 1994.

deseja, qualquer poder de coação, ou coerção. As partes negociam com o mediador, não como se ele fosse um juiz, mas apenas como uma ponte entre elas".

O mediador, trabalha no contexto, criando vínculos entre as partes, fazendo com que estas reconheçam a importância e a responsabilidade de suas opções e decisões, possibilitando um diálogo amigável, para daí alcançar objetivos comuns dentro das desigualdades e diferenças, oferecendo um campo de confiança tantos das partes entre si, como das partes com o mediador. Assim o mediador incentiva a reflexão e a dimensão dos atos das pessoas envolvidas no conflito.

4.2 – QUAL A FUNÇÃO DO MEDIADOR

O profissional mediador deve mostrar aos interessados que os conflitos não devem ser utilizados como forma de punir, castigar, ou de se vingar da outra parte, principalmente se desta união existir filhos em comum. Ele deve convencer as partes, que existem formas mais amenas e mais racional de resolver questões sem que de um determinado conflito, saia principalmente um filho menor prejudicado. Mesmo que o filho seja muito pequeno para entender o que está acontecendo, um dia ele irá crescer, e tomará consciência do que aconteceu durante o processo, poderá ficar sabendo da desagradável situação vivida, onde um cônjuge acusa o outro de atos desonrosos, ou de palavras infames ditas em relação à outra parte durante a separação.

As partes devem estar convictas de que o que quer que tenha acontecido para causar o conflito, é um fato passado e que o passado não volta jamais. Não mais importa, se este ou aquele cônjuge agiu de forma pouco honrada com relação ao outro, e sim, que a partir deste momento, ambos começarão uma nova vida.

É necessário ainda, que, aquele quem faz a mediação em qualquer tipo de conflito, procure devolver a esperança às partes, mostrar que existe um novo momento. Deve ele, mostrar que, em um exemplo de separação, como bem lembra

Bertoldo Mateus de Oliveira Filho[16], "...recomposta a vida diária a partir da retomada das atividades habituais, há de se cogitar da afirmação de novos laços com outras pessoas. Muitos, em verdade, se acostumam com a rotina individual surgida da condição de descasado e se postam precavidos a posteriores experiências de união...".

Assim, a mediação em família tem como objetivo a pacificação do conflito familiar, e vem a ser a atividade que tem por finalidade despertar a responsabilidade das partes e dos operadores do direito na reorganização familiar, valendo-se de todas as alternativas disponíveis para reconstruir um novo significado para a nova fase pós-conflito.

Para alcançar este objetivo, a mediação deve ser entendida como, nas palavras do Código Francês da Mediação, trazido por Águida Arruda Barbosa,

> "[...] um procedimento facultativo que requer a concordância livre e expressa das partes concernentes, de se enganjarem numa ação (mediação), com a ajuda de um terceiro, independente e neutro (mediador), especialmente formado para esta arte. A mediação não pode ser imposta. Ela é aceita, decidida e realizada pelo conjunto dos protagonistas."

O profissional deve neste sentido, uma vez aceita a mediação, propor uma análise e interpretação dos fatos em si, que por si só, já é objeto de psicoterapia, oferecendo oportunidades para que os cônjuges localizem o nascedouro do conflito, cabendo refletir quais os motivos que desencadearam tais problemas. E, nos dizeres de Águida Arruda Barbosa[17],

> "[...] Embora essa análise refuja ao exercício da advocacia, pois seus resultados não teriam o condão de exercer influência imediata sobre a decisão do cliente, o conhecimento dessa via, por onde se extravasa a estabilidade do casamento, pode ser uma importante fonte de informação para que o operador do direito possa acentuar a sua sensibilidade no aprimoramento de uma escuta qualificada. E, quem sabe, até salvar um casamento."

Um bom mediador deve procurar: 1) reconhecer o desconforto de seus clientes e se esforçar para deixá-los à vontade; 2) encorajar o cliente a discutir questões pessoais através do desenvolvimento do sentimento de confiança; 3) evitar

[16] FILHO, Bertoldo Mateus de Oliveira. "Emocionando a Razão - Aspectos Socioafetivos no Direito de Família".Del Rey, 1999.

[17] CADERNO DE ESTUDOS Nº 1. *Direito de Família e Ciências Humanas.* São Paulo: ed. Jurídica Brasileira.

agir julgamentalmente, evitando a moralização; 4) escutar ativamente os clientes, para encorajar a vazão de comentários por parte destes; 5) evitar fazer perguntas específicas para que não ocorram canalizações de comentários dos clientes; 6) evitar diagnósticos prematuros; 7) reconhecer seus próprios sistemas de valores, seus próprios preconceitos, e se esforçar para controlá-los; 8) compreender as limitações das palavras, e aprender a ler comunicações não-verbais, como expressões faciais e linguagem corporal; 9) reconhecer que estes clientes são altamente sugestionáveis, ansiosos por agradar e preparados para oferecer o que eles acreditam seja procurado pelos profissionais.

É necessário ainda que, aquele que fez a mediação do conflito, procure devolver a esperança às partes. Deve-se ainda, no exemplo de separação alertar as partes para que, em caso de terem filhos, assim como sempre adverte Valter José Vieira[18] em suas audiências,

> "o que está terminando é o casamento, não a paternidade, ou a maternidade. Madrasta não substitui mãe, nem padrasto substitui pai." É necessário que ambos cuidem dos filhos, dividindo as alegrias e as preocupações. Um não deve usar o filho como meio de atacar o outro, pois assim estarão empurrando estas crianças para as ruas, e, "de cada mil crianças que a rua adota, um vira médico os outros novecentos e noventa e nove viram bandidos."

4.3 – ÁREAS DE ATUAÇÃO E TÉCNICAS DO MEDIADOR

A mediação é um procedimento colaborativo que visa a estabelecer ou a restabelecer o diálogo entre as partes, para que juntas construam um solução para o conflito.

Essa alternativa é utilizada para quase todo tipo de antagonismo, esclarecendo-se, porém, que determinadas controvérsias para ter validade jurídica, devem ser enviadas ao Poder Judiciário. Dessa forma pode ser objeto da mediação as questões familiares (separação,alimentos, guarda dos filhos, entre outros),

[18] Valter José Vieira - Juiz Titular da 2ª Vara Cível da Comarca de Pouso Alegre/MG

questões cíveis (aluguel, recálculo de dívida, financiamento, indenizações, entre outras), questões comerciais (título de crédito, frete, seguro, cheques), questões que envolvem o direito do consumidor (revisão de compra e venda de mercadoria, etc), conflitos escolares, conflitos de vizinhança e questões que envolvam o direito ambiental.

No projeto de lei que tramita no Congresso Nacional é lícita a mediação em toda a matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem. Define ainda que a mediação pode ser prévia ou incidental.

Apesar de a mediação ser um meio de solução de conflitos que pode ser utilizado por vários tipos diferentes de conflitos, ela tem apresentado um maior destaque na área familiar, tendo em vista as especificidades desses conflitos.

Já foram vistos os três aspectos que o mediador não deve deixar de lado: 1 – centralizar as discussões nos problemas e não nas pessoas; 2 – investigar os interesses desarmando o discurso infértil da posição; 3 – prestar muita atenção às emoções dos clientes.

Os mesmos mecanismos psíquicos que levam as pessoas a deslocarem a atenção do objeto da discussão para os sujeitos que discutem, e a construir sobre os reais interesses posições que pouco ou nada conservam deles, são os mesmos que os levam a fantasiar valores e situações fora da realidade que sempre dificultam acordos satisfatórios.

Por isso é importante que os valores objetivos entrem nas discussões, uma vez que considerados, vão pesar sobre qualquer pedido descabido e recolocarão as partes em um enquadramento realista.

Este procedimento facilitará o encontro de acordos satisfatórios para ambas as partes. Este é o quarto aspecto a ser tomado em conta pelo mediador.

O mediador não pode comunicar estes valores e critérios objetivos, pois seria uma ingerência, fora de lugar, mas deve questionar as partes para dirigi-las a fazer aparecer este conhecimento nas sessões de mediação. É importante que o mediador saiba que todas as pressões a que estão submetidos os clientes,

distorcem a realidade, gerando não uma irrealidade, mas uma realidade psíquica, que muitas vezes tem mais força que a própria realidade.

Não é tão simples como parece, que com o surgimento de critérios de realidade, ou seja, valores reais, o cliente mude a sua posição. Uma casa ou uma empresa ou uma participação societária pode ter um valor para o vendedor, que é fundamental investigar, pois pode haver outros interesses que ele está traduzindo em dinheiro, mas que pode ser compensado de outro jeito, porque o comprador não lhes dá a mesma importância qualificada em valores monetários que o vendedor.

Para os negociadores, existe um processo chamado de ampliação de bolo, que consiste em analisar parcialmente cada parte do objeto da negociação, ampliando-se o todo em partes que nem sempre são contempladas. Ao se decomporem, os interesses parciais aparecem mais claramente, sendo assim, mais fácil de satisfazê-los.

Quando as fantasias dos clientes superestimam o valor sem razões objetivas que o sustentem, com esta análise normalmente a fantasia se desfaz.

5. MEDIAÇÃO E SUA APLICAÇÃO

Antes de se decidir pela mediação, as partes e seus advogados devem considerar alguns critérios:

- Posição e direitos, de ambas as partes equilibrados;

- Necessidade de sigilo e celeridade na solução do conflito;

- Desejo de manter, aprimorar, ou ao menos não deteriorar o relacionamento;

- Compromisso afetivo muito grande com o problema, a ser resolvido num clima que contenha e canalize essas emoções e;

- Que envolva ou trate de delito.

Podemos dizer que a maioria dos conflitos apresentados a um advogado cumprem com um ou mais desses requisitos.

A mediação é um procedimento, e como tal, se constitui de uma seqüência de atos em uma certa direção. Embora não seja um procedimento inflexível ela se faz cumprindo em geral seis etapas.

5.1 – PROCESSO E ETAPAS DA MEDIAÇÃO

Não existe forma determinada para o processo de mediação, ou seja, os estudiosos do assunto costumam oferecer diversos tipos de sugestões para o mesmo. Segundo os ensinamentos do mediador Juan Carlos[19], dividem-se em seis etapas como se verá a seguir.

[19] VEZZULA, Juan Carlos -Teoria e Prática da Mediação – p. 26 - Gráfica PJ Comunicações

Primeira etapa

O primeiro momento o mediador explica o processo para as partes, explicitando claramente, as fases do processo, a imparcialidade do mediador, a voluntariedade do processo, os honorários do mediador, enfim, todas as dúvidas que possam existir quanto à mediação.

Segunda etapa

Nessa etapa, as partes é que esclarecem o conflito ao qual as levou até a mediação, devendo o mediador apenas ouvir com atenção, deixando-as à vontade para expressarem todas as suas vontades e sentimentos.

Vale salientar que o mediador deve esclarecer aos participantes que é deles o poder de decisão, sendo portanto, os maiores responsáveis pela resolução de seus conflitos.

Terceira etapa

No terceiro momento, o mediador pergunta às partes se têm algo a acrescentar, fazendo, posteriormente, um resumo do que foi dito, informando às partes que intervenham caso percebam alguma incorreção.

É nessa fase também, que o mediador organiza as idéias, verificando as divergências, quais os pontos em comum de convergência para então trabalhá-los juntamente com os participantes, deixando claro que aquele conflito é natural e momentâneo e que se bem administrado, resultará em um momento de paz.

Quarta etapa

Essa etapa representa um dos momentos mais importantes do processo da mediação, já que é exatamente nesse momento que as partes iniciam um diálogo direto, devendo o mediador ser muito cauteloso para evitar que os participantes se agridam mutuamente.

Quinta etapa

Nesse momento, iniciam-se as conclusões. O mediador começa a resumir o tema do diálogo, mostrando aos participantes a melhor maneira de se buscar soluções satisfatórias, sem é claro impor qualquer acordo.

Sexta etapa

Finalmente, é nessa última etapa que o acordo é feito, numa linguagem fácil que possibilite o entendimento dos clientes e que, principalmente contenha todas as exigências da decisão estabelecida por meio do diálogo.

5.2 – APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO FAMILIAR

Podemos descrever "acordo" como combinação, conciliação, ajuste, uso dos sentidos, consciência.

No direito de família atribui-se o acordo à consciência de que é um bem positivo para todos. No caso de uma separação litigiosa os Tribunais utilizam todos os meios possíveis para que as partes aceitem o acordo. Pois assim evita-se o desgaste para ambas, mesmo envolvendo bens materiais. E quando existem crianças envolvidas, o acordo as pouparia de futuros problemas psicológicos, não só pela nova situação de vida, bem como pela absorção do estado de espírito dos pais. É um direito constitucional o bem-estar da criança em todos os sentidos.

No âmbito das Sucessões idem, o melhor entre os legatários é o acordo, apesar de já se presumir o direito adquirido a causa, é bem mais complexa, pois aí existe o "impedimento", o " incapaz", " o testamento", etc... enfim, o acordo tem o objetivo comum de "poupar" as partes para que não cheguem ao litígio propriamente dito.

A maioria dos juízes de família, juntamente com o Ministério Público, procuram homologar acordos que "levem em consideração sempre o melhor para a criança".

Diante de algumas experiências e aprofundamento em pesquisas, podemos notar que os juízes e promotores em audiência induzem as partes à situação que melhor lhes convém, deixando só em último caso um julgamento e

mesmo assim utilizando o " bom senso ", tendo como objetivo o " bem estar do menor".

A legislação brasileira é rica em se tratando de "acordo", como por exemplo o Código de Processo Civil:

Na fase processual, em seu artigo 125 – “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código competindo-lhe: IV. Tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes".

Em audiência, arts. 277, 448 e 449[20].

Através de pesquisa nos Tribunais verifica-se que são obtidos 90% de acordos entre casais que estão se separando. Essa estatística comprova a ponderação dos magistrados.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, em sua parte geral, o direito do menor à vida e á saúde, à liberdade e ao respeito à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, o direito à profissionalização e à proteção ao trabalho. Esta disposição também deixa clara a preocupação do Estado com o bem estar do menor.

A maioria dos pais no trâmite de uma separação, esquecem que existem crianças no meio desse "fogo cruzado" e partem para seus próprios ideais, sua auto-estima, seu ego ferido, enfim, esquecem que estão envolvendo também os filhos.

Isto posto, o "acordo", além de ser uma tomada de decisão sensata, também é um meio de amenizar situações em que partes e crianças possam se machucar, ou seja, não deixa de ser um amortecedor .

Hoje menciona-se, e muito, a figura do "mediador". Este estaria preparado profissionalmente para alcançar um acordo nas controvérsias, conflitos e litígios. O mediador familiar é um profissional que atua de forma voluntária para chegar estrategicamente a um acordo entre casais que buscam a mediação de forma

[20] Art. 277 - § 1º - A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador. / Art. 448 - Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo. / Art. 449 - O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

voluntária. Sua ação é na comunidade e pode intervir em famílias íntegras em via de separação agindo de forma preventiva, podendo ser durante a separação ou após a mesma quando surgem problemas para criar e educar os filhos na nova estrutura de família.

No processo judicial as emoções humanas mais intensas são exibidas e procuram envolver os profissionais. Medo, hostilidade, ódio, vingança, depressão e ansiedade, fazem o elenco das emoções experimentadas por pessoas que enfrentam a separação. O mediador usa de estratégia e técnica que procuram evitar a exteriorização dessas emoções entre as partes, fazendo um projeto onde os filhos são os centralizadores do processo. Esses filhos são mais protegidos no processo de mediação do que no processo judicial, mesmo quando esse é amigável. Como a mediação centraliza o melhor interesse dos filhos no acordo e planeja as relações na nova estrutura de família, respeitando as idades dos filhos em seu desenvolvimento, beneficia os mesmos protegendo-os de futuras contendas entre os pais. Facilita também a comunicação entre os pais sobre a educação e o futuro dos filhos.

O processo de separação é sempre doloroso, para o casal, para os filhos e até para os magistrados que gostariam de terminar cada "tragédia" de separação o mais rápido possível. É o contrário que acontece: os processos, principalmente litigiosos são de longa duração. Além disso, após a sentença as partes geralmente apelam para instância superior (recursos). Voltando assim aos Tribunais com freqüência para revisões de questões do processo como: modificação de pensão alimentícia, mudança de guarda, alteração de domicilio e outras razões.

5.3 – FORMAS E MODELOS DE INTERVENÇÃO

Existem basicamente três formas de mediação familiar: a de intervenção mínima, no qual o mediador é uma presença neutra que estimula o duplo fluxo de informações; o da intervenção dirigida, que identifica e avalia com as partes as opções existentes, tentando persuadi-las a adotar aquela que considera mais

conveniente; a intervenção terapêutica, que tem por objetivo proceder a uma intervenção que corrija as disfuncionalidades detectadas, procurando uma decisão conjunta.

A cada forma de intervenção podem corresponder vários modelos de mediação, que vão do unidisciplinar, feita preferencialmente por um terapeuta familiar, ao interdisciplinar, no qual o mediador e o advogado atuam conjuntamente, até à abordagem terapêutica da mediação, e da utilização de modelos de mediação/aconselhamento.

Embora praticamente todos os métodos de mediação possam ser utilizados nos casos submetidos às varas de família, é importante observar que a mediação, tanto na sua formulação teórica quanto na sua técnica, deve ter em vista o respeito à família e à cultura da sociedade na qual é adotada, pois assim como a família é o pilar da sociedade, a mediação vem em sua defesa e em seu fortalecimento, podendo-se estimular o seu valor para o exercício da cidadania.

É necessário portanto, que se desenvolva uma proposta sintonizada com a cultura brasileira, observando por exemplo, nossas dificuldades de lidar abertamente com os conflitos, o que desaconselha a técnica do face-a-face tão a gosto dos norte-americanos.

Levando em conta alguns aspectos, observa-se que na prática judicial, a intervenção mínima é a mais utilizada e a mais eficiente, por fazer com que o acordo decorra de uma tomada de consciência, sem incorporar algumas características autoritárias e paternalistas presentes na nossa sociedade.

Por outro lado, a abordagem interdisciplinar é igualmente mais completa, pois a análise dos aspectos psico-sociais do caso não pode ser dissociada da viabilidade das propostas no campo jurídico, bastando lembrar que este foi o método preconizado pelo criador da mediação familiar, O. J. Coogler.

6. SOLUÇÃO ALTERNATIVA NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Keneth Boulding, define conflito como “uma situação de concorrência, onde as partes estão conscientes da incompatibilidade de futuras posições potenciais, e na qual cada uma delas deseja ocupar uma posição incompatível com os desejos da outra”[21].

Quando se fala em conflito, aparece de forma geral em todas as pessoas, uma idéia negativa e assustadora: um claro alerta de perigo próximo do qual têm que se defender. O homem como todos os seres vivos, procura preservar a sua integridade e ela está, de maneira geral, associada ao equilíbrio alcançado. Esse *status quo*, ao qual nos ligamos como uma tábua de salvação, vê-se em perigo quando a proximidade de um conflito nos ameaça.

Agimos de determinada maneira para se conseguir o que queremos. Isso provoca naquele que sente esse proceder contrário a seus interesses, uma reação a essa atitude, que por sua vez dá origem à nova reação na outra pessoa e assim por diante.

A experiência de milênios mostra que a insatisfação é sempre um ato anti-social, independentemente de ter a pessoa direito a um bem pretendido. A indefinição de situações das pessoas perante outras, perante os bens pretendidos e perante o próprio direito é sempre motivo de angústia e tensão individual e social. A pendência dessas situações e inegável fato de sofrimento e infelicidade, é que necessita ser debelado.

[21] VEZZULLA, Juan Carlos. Teoria da Mediação. Curtiba-PR: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998, p. 19

6.1 – SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Nos últimos anos, especialmente a partir das duas últimas décadas do Século XX, foram sendo praticados no Brasil alguns meios alternativos para resoluções de conflitos, sem que para isso fosse necessário a intervenção do Poder Judiciário. Podemos portanto, citar a lei que reestruturou a arbitragem (Lei 9.307/96), o Decreto que regulamentou a mediação nos conflitos trabalhistas (Decreto 1.572, de 28/07/95), bem como o recente Projeto de Lei que regulamenta a atividade do mediador no processo civil.

Alguns meios para resolução de conflitos já são bem conhecidos na nossa sociedade (a arbitragem – Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, por exemplo, era utilizada inclusive em Roma antiga). Nos tempos modernos, especificamente no Brasil, a solução de conflitos centralizou-se no poder do Estado, mas com a necessidade de soluções mais rápidas e eficientes, esta situação está se modificando, surgindo uma gradativa libertação do monopólio estatal e a criação de outras formas para resolução de conflitos sem a interferência do Estado. Encontramos exemplos da utilização desses meios alternativos de conflitos em diversos países do mundo (EUA, Noruega, França, Egito, Índia etc.).

Como meios alternativos para resoluções de conflitos sem a interferência do Estado, temos a arbitragem, a mediação e a conciliação. Note-se que as referidas alternativas poderão ser utilizadas até mesmo após o início de um processo judicial, notadamente com a aprovação do Projeto de Lei sobre a Mediação em trâmite perante a Câmara dos Deputados.

Como a Justiça está muito lenta, sobrecarregada de processos e as custas legais estão cada vez mais elevadas, as formas alternativas de resolução de conflitos vêm conquistando o seu espaço. Devemos entender que este não é um problema apenas gerado no Brasil, mas em diversos países, os quais já estão implementando as soluções apontadas há vários anos.

Uma das alternativas de resolução de conflitos mais importantes, tema do trabalho em questão, é a mediação que envolve um acordo amigável, mais rápido e com custo inferior ao dos casos que vão a julgamento.

Acreditam os defensores da mediação que este procedimento deve ser adotado não somente porque reduz o número de casos que aguardam decisões dos tribunais, mas porque possui seus próprios méritos: agilidade, economia processual, negociação, sigilo, entre outros.

A Revista Eletrônica do Escritório de Programas Internacionais de Informação do Departamento de Estado dos EUA[22] examina o processo da mediação e explica vários pontos para crescimento deste método de solução de conflitos. No artigo inicial, Hiram Chodosh, professor de direito e diretor do Frederick K. Cox International Law Center [Centro Internacional de Advocacia Frederick K. Cox] na Case Western Reserve University School of Law [Faculdade de Direito da Universidade Case Western Reserve], explora as várias características da mediação e a maneira pela qual ela pode ser adaptada para atender às necessidades de nações com culturas e tradições muito diferentes.

Robert A . Goodin, presidente do Conselho de Administração do Institute for the Study and Development of Legal Systems [Instituto para o Estudo e Desenvolvimento de Sistemas Legais], traz questões específicas em seu artigo, apresentando uma visão geral da mediação. Ele analisa as características desse processo e mostra como houve a redução de processos de alto custo nos Estados Unidos, um país aonde o custo na justiça vem crescendo ao passar dos anos.

Nos Estados Unidos, o setor privado, o setor público e até mesmo os Tribunais de Justiça, estão adotando cada vez mais a mediação. Peter R. Steenland Jr., diretor jurídico do Office of Dispute Resolution [Escritório de Resolução de Disputas] no Departamento de Justiça dos Estados Unidos, estuda o papel da mediação no sistema federal de Tribunais de Justiça e a importância de conceitos como o da confidencialidade.

[22] "A Mediação e os tribunais", vol. 4, n. 03, dezembro/99, www.usinfo.state.gov

Um dos primeiros Estados a desenvolver o procedimento de mediação, no território americano foi a Flórida, criando inclusive um código de ética para os mediadores.

Um dos colaboradores da Revista acima mencionada, Sr. David Pitts, em conclusão ao seu artigo, discorre sobre um caso envolvendo a mediação: African American Farmers vs. the Department of Agriculture [Fazendeiros Negros contra o Departamento de Agricultura]. No início de 1999, a mediação foi aprovada por um juiz federal, e este foi o caso mais significativo de direitos civis nos Estados Unidos, por ter sido alvo de mediação; com ele foi concluído que, em conflitos civis, para evitar batalhas judiciais prolongadas e com alto custo, este método era prático, rápido e econômico.

Podemos perceber que a utilização e divulgação da mediação como meio alternativo para resolução de conflitos está em fase de crescimento, não somente fora da justiça como também dentro do Poder Judiciário; esta é a razão que justifica a difusão de suas características e vantagens para todos aqueles que desejam conhecer o instituto da mediação.

6.2 – VALIDADE E EFICÁCIA JURÍDICA DO ACORDO PROFERIDO MEDIANTE A MEDIAÇÃO.

Após todo o procedimento da mediação e das partes formularem um acordo, este será remetido a manifestação do Ministério Público, quando for o caso de sua intervenção, sendo logo em seguida remetido ao juiz para a homologação.

Introduzida como prática no Brasil no século XX, a mediação ainda não foi regulada devidamente através da legislação, mas nos sistemas legais no qual a mediação familiar foi implementada através de legislação específica, o reconhecimento da autonomia da vontade dos interessados e da sua capacidade de

resolução das questões familiares encontram afirmação no sistema jurídico, através do papel subsidiário e supletivo reservado ao Estado neste campo.

O fato de ainda não existir no Brasil uma legislação que venha a regular a aplicação da mediação familiar nos tribunais não impede a sua aplicação desde logo, possibilitando uma maior celeridade e eficácia nas decisões judiciais, que consolidarão os resultados obtidos através da homologação dos acordos a que chegarem os interessados, com a intervenção do mediador.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina é um exemplo para todos os Tribunais no que diz respeito à Mediação, pois mesmo sem haver uma lei que regule tal procedimento, é utilizada com freqüência. O Tribunal de Justiça promoveu cursos de sensibilização de métodos não adversariais de resolução de conflitos para todos os magistrados catarinenses. Concomitantemente, aos assistentes sociais judiciários, psicólogos e pedagogos, parceiros do Judiciário nesse trabalho, foi ministrado um curso de formação de base em mediação familiar. Além dos cursos, o Tribunal tem buscado parceria com universidades, institutos de mediação e associações de categorias profissionais para divulgar essa nova proposta e continuar os cursos complementares de formação nesta área.

O projeto baseou-se numa dissertação de mestrado, concluída na Universidade de Montreal/Canadá no ano de 1999, adaptando o modelo de mediação familiar canadense à realidade brasileira. Cabe esclarecer que o Canadá é pioneiro nos estudos mediatórios.

6.3 – CONTROLE DO JUDICIÁRIO

É crescente o interesse das autoridades do Poder Judiciário que os meios alternativos para resolução de conflitos se desenvolvam, a ponto de cooperar e auxiliar o Poder Judiciário. Um exemplo é o que diz o ex-ministro Paulo Costa Leite, quando defendeu a busca de formas alternativas de solução de conflito para reduzir

o acúmulo de processos judiciais. Chamou a atenção para a necessidade de opções como a mediação estarem sob o controle do Poder Judiciário. *"Sem esse controle, a mediação pode se tornar um mercado perigoso de conseqüências inimagináveis", disse Costa Leite, na abertura do seminário "Mediação: um projeto inovador".* Para ele, a mediação poderá contribuir significativamente para combater a morosidade na Justiça, mas é fundamental que esteja ligada como um "cordão umbilical" ao Judiciário para evitar que as partes em conflito sejam enganadas pela atuação de profissionais inescrupulosos.

A busca de meios alternativos de solução de determinados conflitos, sem a atuação direta do Judiciário, com a dispensa do processo judicial, é um desafio para o Judiciário de todos os países. Segundo Costa Leite, um desafio maior ainda para o Judiciário brasileiro, pelo acúmulo de processos que ameaça inviabilizar não apenas os trabalhos do STJ, mas também da Justiça de primeira instância, dos Tribunais de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais, do Supremo Tribunal Federal e o STJ. "Precisamos encontrar instrumentos para que o Judiciário seja cada vez mais respeitado, para que as pessoas efetivamente acreditem na Justiça".

O Poder Judiciário continuará com o pleno poder constitucional de solucionar os conflitos e a mediação. Pela sua efetivação, auxiliará nessa tarefa de resolução de conflitos, evitando o número exagerado de processos nos Fóruns e Tribunais.

Com as técnicas alternativas para resolução de conflitos, especialmente a mediação, entende-se que haverá um fortalecimento do Poder Judiciário, pois este finalmente poderá oferecer à sociedade prestação jurisdicional efetiva, já que não mais se encontrará abarrotada de ações judiciais.

Essa concepção dos instrumentos alternativos como auxiliares do Poder Judiciário é bem defendido por Luiz Guilherme Loureiro[23] quando entende,

> "...o Judiciário como peça essencial do sistema de regulação social. É por essa razão que os governos procuram aperfeiçoar o tratamento judiciário dos conflitos pela reativação dos instrumentos alternativos de solução de conflitos no seio da Justiça. A tendência é, portanto, de fortalecimento do Judiciário e não de diminuição de sua competência".

7. MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

[23] LOUREIRO. Revista dos tribunais, p. 100

Usar e aprender a usar a mediação é uma necessidade dos nossos tempos: a ruptura dos confins culturais, de identidade, de inserção em grupo, de religião, de semelhança, exige um esforço significativo para manter a níveis aceitáveis a vida em comum. Em particular a mediação é um recurso precioso para consentir à família a utilização de um confronto leal, voltado para a busca de soluções conforme as aflições que a inquietam e que podem conduzir a explosão violenta da crise. “A estratégia da mediação – antes de tudo é um modo novo de pensar e também um modo novo de agir - não nega o conflito: este, nas suas formas não crônicas, é útil como instrumento de afirmação da individualidade, bem como modo de romper os equilíbrios para criar novos, mais adaptados ao crescimento e às mudanças", diz Roberta Giommi[24].

A disponibilidade para transformar-se a si próprio e de reportar-se já agora para adquirir a pratica de efetivamente escutar os interlocutores diretos, a corajosa exploração de hipóteses inéditas, a consciência de permanecer no empenho (compromisso) para corresponder aos filhos depois da separação, são igualmente momentos centrais de um percurso ilustrado, valendo também de exercício e concretas indicações operativas.

7.1 – EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

Rodrigo da Cunha Pereira[25] em seu livro cita que:

> “[...] em 1884, Friedrich Engels[i] publicou “A origem da Família, da Propriedade e do Estado”, descrevendo, uma ordem evolutiva em três épocas principais: estado selvagem, barbárie e civilização”.

[24] Psicóloga, psicoterapeuta, Roberta Giommi dirige o Instituto de Pesquisa e Formação Ltda. e o Instituto Internacional de Sexologia com sede em Firenze.
[25] Repensando o Direito de Família – Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família – Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira - Instituto Brasileiro de Direito de Família. BH. 1999.

Na primeira época citada o grupo familiar não se baseava nas relações individuais. Havia tribos e em variados lugares, elas se apresentavam de forma poligâmica ou monogâmica, patriarcal ou matrilinear.

A monogamia desempenhou um papel importante no impulso social, em relação aos descendentes, aparecendo aí o exercício do poder paterno que com a origem das pequenas oficinas, tinha como um fator econômico de produção e base de sustento para a família, sendo produzido o que se comia.

Na Babilônia, a família também era baseada no casamento monoparental, mas sob a influência dos judeus, autorizava-se a figura da esposa secundária caso a primeira não pudesse conceber um filho.

Nesta época, a procriação surge como finalidade essencial do casamento, para que não se acabe a família, e para que o culto aos Deuses e aos ancestrais seja sempre preservado.

Em Roma, o poder do *pater* exercido sobre a mulher, os filhos e os escravos é quase absoluto. A família como grupo é essencial, para a perpetuação do culto familiar, não sendo o afeto o elo de ligação entre os membros da mesma. O *pater* poderia sentir o mais profundo sentimento por sua filha, mas não poderia deixar a ela, em testamento, nenhum bem de seu patrimônio. A instituição fundava-se no poder paterno ou no marital, derivando-se de um vínculo que é maior que o do nascimento: a religião doméstica e o culto dos antepassados.

Mais tarde o Cristianismo passou a condenar a união livre e instituiu o casamento como sacramento, colocando em destaque a união espiritual entre os nubentes.

Em seu livro “A cidade Antiga”, Fustel de Coulanges[26], diz que:

> “O casamento era obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objeto principal não estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um com o outro e querendo associarem-se para a felicidade e para as canseiras da vida. O efeito do casamento, à face da religião e das leis, estaria na

[26] COULANGES, Numa Denis Fustel De. A cidade antiga. Livro em Português. Editora: Martin Claret - Bb 1ª Edição 2001

> união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para ser continuador desse culto."

Já na civilização: o homem continua aprendendo a como aperfeiçoar os produtos oriundos da natureza, começando aí o período da indústria e da arte.

Com a Revolução Industrial, surgiu também um novo modelo de família, perdendo seu valor econômico explorável, sua maior responsabilidade passa a ser o desenvolvimento dos valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre os seus membros.

Jacques Lacan, em 1938, escreveu o tomo VIII da Encyclopédie Française, no texto Família, onde aponta que "família não é um grupo natural, mas sim cultural. A família não se constrói apenas por um homem, mulher e filhos. Possui uma estruturação psicológica, pela qual cada um dos membros ocupa um lugar, uma função. Mas o lugar do pai, da mãe, dos filhos não precisa estar necessariamente ligado biologicamente".

A família contemporânea é inovadora, democrática e igualitária. Os diversos modelos de família que hoje existem possuem seus relacionamentos baseados na igualdade, solidariedade, afetividade e liberdade.

A primeira Constituição do Brasil foi outorgada durante o período imperial em 1824, pelo Imperador Dom Pedro I. Nela não se encontram artigos referentes à família ou ao casamento. Apenas em seu capítulo III fala-se da família imperial e seu aspecto de dotação.

Já na primeira Constituição do período republicano, em 1891, em seu artigo 72, dispunha que: "[...] a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita". Nessa época, houve a separação da Igreja do Estado, que passou a ser laico. Por isso, houve a necessidade do reconhecimento expresso do casamento civil como vínculo de formação da família brasileira.

A segunda Constituição da República foi a primeira a dedicar um capítulo à família, que albergava os artigos 144 a 147, ainda não apresentava um conceito substancial para a família, limitando-se a especificar o ato pelo qual ela se constituía.

A Constituição de 1937 foi a primeira a demonstrar uma grande preocupação com a educação dos filhos, esclarecendo que esta é dever e direito dos pais, mas também está relacionada às atividades do Estado.

A Constituição de 1967, por sua vez, foi estabelecida pelo regime autoritário dos militares que tomaram o poder em1964. Não houveram grandes mudanças em relação à família, mantendo os direitos conferidos pela Carta Magna anterior.

As Constituições anteriores a 1988 não estavam de acordo com a realidade social. Essas Constituições possuíam dispositivos que continham discriminações entre homens e mulheres, desprezando a igualdade que já era reivindicada na época. Também estabeleciam discriminações entre os filhos, entendendo a consangüinidade como fator determinante para a filiação, não considerando aspectos afetivos. Essa Constituição, conhecida como constituição democrática e cidadã, afirmou que a família é a base da sociedade e ampliou o reconhecimento de novas formas de família, observando sempre, as transformações sociais e econômicas do país.

Uma das grandes conquistas dessa constituição foi a questão da igualdade entre os cônjuges. Também equiparou o direito dos filhos, independente de sua origem, beneficiou também as crianças, os adolescentes e os idosos,afirmando que a proteção dessas pessoas é de responsabilidade dos pais, ou filhos, da sociedade e do Estado.

Todas essas transformações proporcionaram uma instabilidade familiar, verificando-se a necessidade da utilização de meios adequados de solução de conflitos.

7.2 – MEDIAÇÃO FAMILIAR

É importante reafirmar que a mediação no contexto judicial surge como uma alternativa que pretende modificar o parodoxo de tentar resolver o conflito mediante um enfrentamento judicial. Na medida em que este é substituído progressivamente por um contexto de colaboração, é possível o ensaio de se colocar em prática novas dinâmicas negociadoras ou a recuperação das que já tiveram sido abandonadas.

A mediação em matéria de família, tem por objeto a mesma em crise, quando seus membros se tornam vulneráveis. Não se trata de invadir ou dirigir o conflito, mas para oferecer a essa família uma estrutura de apoio profissional, a fim de que lhe seja aberta a possibilidade de desenvolver. Através das confrontações, a consciência de seus direitos e deveres, cria-se condições para que o conflito seja resolvido com o mínimo de comprometimento da estrutura psico-afetiva de seus integrantes, podendo também ser vista como um técnica eficiente para desobstruir os trabalhos nas varas de família. Isso irá influir decisivamente para que as demandas judiciais tenham uma solução mais fácil, rápida e menos onerosa.

A mediação oferece um ambiente pacificador para que as negociações se produzam sem enfrentamentos e colocar um modelo de trabalho baseado na autodeterminação da própria família, resolvendo-se as discrepâncias mantidas e decida a opção mais viável para todo o grupo familiar.

É importante que os usuários da mediação, busquem o processo voluntariamente, aceitando a presença do mediador na negociação e comprometendo-se para que o conteúdo das sessões seja totalmente confidencial, não podendo ser usados, tais conteúdos, em nenhum outro órgão ou Tribunal.

Lidercy Prestes Aldenucci[27] entende que na área de família a mediação apresenta características e enfoques especiais, tendo em vista a complexidade e importância dos objetos de disputa, ou seja, filhos, bens de família, subsistência e valores pessoais.

[27] ALDENUCCI, Lidercy Presetes – Ensaio sobre a mediação familiar –Curitiba - PR-SET./1998

O processo de mediação deve ajudar a família a realizar a ruptura com o menor dano emocional, ensinar o casal a separar-se e ao mesmo tempo definindo suas responsabilidades como pais, possibilitando que os filhos mantenham uma relação adequada com ambos depois da separação. E ainda, que eles possam avaliar sem culpas com quem as crianças ficarão melhor assistidas e amparadas.

Salienta-se mais uma vez que a mediação familiar não é um substituto à via judicial, mas uma via alternativa e complementar desta, embora possa ser utilizada independentemente da submissão do caso a um Tribunal, na solução de conflitos familiares que não tenham que ser necessariamente submetidos ao Judiciário. Nas hipóteses em que deve haver, necessariamente, a intervenção judicial, a mediação pode ocorrer antes do ingresso em juízo, ou no curso do processo, por recomendação do Juiz ou ainda por iniciativa das partes, ou mesmo do representante legal do Ministério Público.

7.3 – TIPOLOGIA EM CONFLITOS DE FAMÍLIA

Os conflitos associados à família, suscetíveis de mediação, podem ser classificados em quatro grandes categorias:

1. Conflitos Estruturais;
2. Conflitos de Lealdade;
3. Conflitos de Ausência;
4. Conflitos de Invalidação.

Os conflitos estruturais têm a ver com a custódia dos filhos, o tipo de custódia, a duração e a forma de visitas e a pensão. Podem surgir até o desenho do primeiro sistema estrutural e relacional, ou aparecer em forma de dificuldades posteriores, manifestadas em relação a forma de vida, relações sociais e critérios

educativos, ou na readaptação das mudanças familiares e na adaptação a mudanças evolutivas.

O objetivo nestes conflitos é de conseguir acordos parciais ou globais.

Nos conflitos de lealdade os filhos podem se ver pressionados por um dos pais a assumir a lealdade a um em detrimento ao outro.

Os conflitos de ausência ocorrem quando na separação, ocorre desaparecimento de um dos pais ou a ausência prolongada em relação aos filhos. Ao buscar uma aproximação com o filho, este não reconhece o pai, vez que encontrou uma figura substitutiva no avô, ou em outra relação da mãe, apresentando a figura paternal de outro. Surge então o conflito, ao qual recomenda-se um modelo de mediação progressiva, com acordos parciais que podem ser revisados sobre a evolução da relação, em suas distintas fases.

O conflito de invalidação, ocorre quando um pai acusa o outro de maus tratos aos filhos, abusos desonestos, enfermidade mental, toxicomanias ou qualquer outro comportamento grave com a pretensão de evitar que continue mantendo contato com os filhos. Sem entrar na veracidade ou não dos argumentos, a dificuldade de mediar se faz evidente ante a potência das posições que expressam e a irredutibilidade das mesmas.

7.4 – A CRIANÇA E A MEDIAÇÃO

No procedimento de mediação familiar, o mediador, deve levar em conta as necessidades de todos os membros do grupo familiar e fundamentalmente das crianças. Desta maneira se possibilita que os pais sigam atuando como “pais”, mesmo após a separação, e que em conseqüência os filhos possam desenvolver uma relação adequada com ambos, garantindo-se desta feita, o direito que tem a criança de conservar ambos os genitores.

Os estudos realizados com diferentes grupos de idade indicam uma série de reações emocionais comuns em crianças de uma mesma idade. A resposta mais usual entre as crianças de mesma idade pré-escolar, tinha a ver com a perda do comportamento não adaptativo que já haviam adquirido adequadamente, como o controle das necessidades fisiológicas, alimentação, etc. Os de idade escolar reagiam com medo e um grande sentimento de tristeza e insegurança, em contraste com os pré-adolescentes que os faziam com uma forte irritação e sentimento de inconformidade. A idade é um fator muito importante para antecipar as respostas que as crianças possuem ante a separação dos pais, que esta marca diferenças nas habilidades cognitivas para elaborar um juízo do que é realmente conveniente em suas vidas, influenciando de modo a responder emocionalmente ante a esse acontecimento.

Partindo do fator que a separação é o resultado e não a causa dos conflitos familiares, as condutas desadaptativas que as crianças podem apresentar ante a separação, não são devidas a estas somente, mas a toda a situação do conflito e tensões que precederam a esta decisão, de como se levou a cabo essa separação, o que se relaciona com um maior ou menor conflito dos pais entre si, uma vez levada a cabo a separação.

7.5 – MEDIAÇÃO NO PROCESSO DE DIVÓRCIO

No divórcio a mediação se destaca, apresentando um papel extremamente importante, pois nesse tipo de conflito é muito difícil que as partes, por suas próprias vontades celebrem um acordo.

Um acordo nessa situação traria para ambas as partes muitas vantagens, iniciando pela convivência pacífica em benefício dos filhos, que são os maiores prejudicados pelas brigas intermináveis à que está sujeito um processo de divórcio.

Uma peculiaridade que apresenta esse tipo de mediação é justamente o aspecto psicológico das partes, seu desgaste mental, gerado pelo processo, que, pela sua peculiaridade é capaz de trazer à tona os maiores erros cometidos por ambas as partes durante o período em que viveram juntos. Como se não bastasse a angústia em que as partes se encontram, esperando se ver livres do processo de uma vez por todas, através de uma solução que ponha um fim definitivo ao casamento, ainda estão sujeitas à possibilidade de verem suas vidas íntimas expostas da maneira mais desagradável possível.

Ainda que atualmente, seja freqüente outras formas de união, que não o casamento, muitas pessoas ainda procuram esta forma de união, quer seja por pressão familiar ou religiosa, ou mesmo por convicção pessoal. Quem deseja se casar, normalmente, não pensa na possibilidade da futura separação, acreditando que "isso não acontecerá comigo", ou "só acontece com os outros".

Justamente por essa peculiaridade do processo de divórcio, foi proposta por Águida Arruda Barbosa a expressão "Clínica do Direito", que significa, segundo a própria autora "...um modo não convencional de exercer a advocacia especializada em Direito de Família, buscando, na Mediação, o fundamento filosófico e metodológico desta atuação."

No início do casamento, conforme Bertoldo Mateus de Oliveira Filho[28],

> "...prevalece sempre um maior grau de tolerância, de compreensão e, mesmo, de renúncia, onde um quer parecer para o outro o complemento indicado, a peça faltante para o exato funcionamento da engrenagem afetiva..."

Porém, mais tarde,

> "O surgimento das primeiras crises, que resultam do exaurimento desta etapa de sensibilidade romanesca, conduz ao questionamento profundo da relação, quando então se cogita de mudanças no curso da convivência [...] Se persistir, no entanto, o inconformismo pela falta de adequação do sonho à realidade, sem o rompimento da união, serão inevitáveis as frustrações e mágoas sentidas e represadas pela constatação de se viver numa situação indesejada e distante de tudo que fora previamente idealizado [...] a desconformidade entre realidade e fantasia pode se tornar tão insuportável, a decepção ser de tal sorte que nenhum se disponha a permanecer, preferindo buscar em novas tentativas o modelo imaginário de companhia." E, dessa forma, durante o casamento, alguma coisa acontece, que não

[28] FILHO, Bertoldo Mateus de Oliveira. “Emocionando a Razão - Aspectos Socioafetivos no Direito de Família”.Del Rey, 1999**.**

> estava nos planos do casal, surgindo assim, a necessidade da separação, quebrando-se assim a sagrada regra de "até que a morte os separe".

Diante desse quadro, várias são as censuras de todos os lados, da família, da sociedade, da religião, dos filhos, e até de si mesmos. Por isso, as pessoas que estão envolvidas no processo de divórcio, se vêm em meio a uma avalanche de sentimentos, que podem influenciar decisivamente na negociação final. Existe uma tendência de se procurar acelerar ao máximo o processo, visando aliviar a ansiedade gerada em si, que traz consigo o risco de se obter um resultado precário.

E, se, conforme Florence Kaslow, citado por Águida Arruda Barbosa,

> "...o caminho desejado for o litígio, então os cônjuges têm muitas probabilidades de se sentirem desamparados, pessimistas, abandonados e deprimidos, pois as negociações estão principalmente nas mãos dos advogados e as decisões relacionadas à custódia, às responsabilidades paternas e à divisão de bens ficam a critério do juiz. Há uma grande quantidade de ansiedade proveniente da incerteza. Dada a mistura de confusão, solidão, tristeza e luto por todas as perdas que a ruptura do casamento e da família trazem consigo, a retribuição pode se tornar um objeto dominante."

O mediador deve mostrar a ambos os cônjuges que a separação não deve ser utilizada como forma de punir ou de se vingar da outra parte, principalmente se, desta união que se desfaz existir filhos em comum.

É necessário ainda, que aquele quem faz a mediação do processo de separação, procure devolver a esperança às partes, mostrar que a vida não termina com o casamento. Deve ele, mostrar que, como bem lembra Bertoldo Mateus de Oliveira Filho,

> “... recomposta a vida diária a partir da retomada das atividades habituais, há de se cogitar da afirmação de novos laços com outras pessoas. Muitos, em verdade, se acostumam com a rotina individual surgida da condição de descasado e se postam precavidos a posteriores experiências de união...".

7.6 – MEDIAÇÃO FAMILIAR E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Após anos de prática, a mediação no Brasil ainda não conta com uma legislação própria para regulá-la.

Porém na realidade jurídica em que se encontra o Brasil, o fato de não existir uma legislação que regule nos Tribunais não impede que de algum modo se apliquem os seus princípios e seus ideais.

A quase totalidade dos instrumentos processuais adotados em ações de direito de família já prevêem uma fase de conciliação prévia, não só através da aplicação dos princípios gerais do Código de Processo Civil, art. 331[29], e da Lei nº. 968/54, arts. 5º e 6º, como das regras insertas em legislação especial, como a Lei de Divórcio, e a Lei de Alimentos.

Pode o juiz competente, propor a mediação, devendo caber às partes a decisão de aceitar ou não, quando na fase de conciliação verificar a ocorrência de uma exacerbação dos pontos controversos ou de posições aparentemente inconciliáveis nos interesses das partes. Essa medida poderá ter início no curso do processo, ultrapassada sem êxito a fase de conciliação, pois até a prolatação da sentença sempre será viável.

Poderá ainda em qualquer fase do processo que anteceda à sentença, as partes requererem a suspensão do processo por um determinado prazo a fim de dar início ao processo de mediação.

O art. 265, II do CPC ampara esses dois casos, uma vez excedido o prazo de seis meses do § 3º sem que as partes tenham chegado a uma solução adequada, poderá ordenar o prosseguimento do processo.

Em algumas faculdades públicas e outras privadas já existem os centros de mediação, para auxiliar a população daquele estado com esse serviço, principalmente a população de baixa renda.

[29] Art. 331 - Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo 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

7.7 – A IMPORTÂNCIA DO ACORDO

O acordo é a conseqüência da Mediação como um dos meios alternativos de solução de conflitos. Todos os esforços são voltados para que as partes, sem que haja prejuízo para ambas, estabeleçam dentro da realidade do conflito, uma melhor solução.

Através das técnicas utilizadas pelos Mediadores, busca-se principalmente na comunicação, a ponte mais rápida para que em meio aos problemas expostos por cada interessado, se ache um ponto comum para a solução do conflito.

Após todas as etapas da mediação, sempre acompanhadas pelos mediadores, nada mais resta do que redigir o acordo. Para isso, é importante que seja feito seguindo as mesmas regras de todo o processo de mediação, o acordo deverá ser feito na frente das duas partes, numa linguagem de fácil entendimento, compreensível para os clientes e que contenha todas as condições e especificações, tal como foram acordadas pelas partes.

Mas nem sempre é possível que haja um acordo ao fim de todo o procedimento, pois mesmo havendo êxito no que diz respeito ao diálogo entre as partes, não se obtém o resultado favorável, ou seja, o acordo final.

Vale ressaltar que ao fim de tudo que o importante é uma boa relação, que assegurará não a eliminação dos conflitos, mas sim, a possibilidade de resolvê-los no futuro, com plena satisfação de ambas as partes.

8. DESENVOLVIMENTO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

8.1 – POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NA ATUAL LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Na atual legislação brasileira ainda não foi contemplada a possibilidade de mediação, mas nada impede a sua aplicação, mesmo aquela iniciada antes do ajuizamento da demanda, como aquela realizada no curso do processo.

A Mediação é uma forma de tentativa para resolução de conflitos através de um terceiro, estranho ao conflito, que atuará como uma espécie de "facilitador", sem entretanto interferir na decisão final das partes que o escolheram. É ainda um meio utilizado para restabelecer o diálogo entre as partes e levá-los a formulação de seus acordos, que deverão ser homologados em juízo, para que produzam todos os efeitos legais.

Com isto, resta claro que a mediação é um meio a que as partes podem dispor para auxiliar na busca do fim de um conflito, visando a melhor composição dos interesses envolvidos.

Vários são os dispositivos constitucionais ou inseridos em leis federais que levam a crer pela autorização da mediação.

Marcial Barreto Casabona, em trabalho publicado na Revista da Associação dos Advogados de São Paulo conclui:

> “Então, se o julgador está convencido da existência de prática metodológica capaz de assegurar ás partes uma melhor percepção do conteúdo da disputa, pode, com arrimo no direito à liberdade (artigo 5 º) em sua ‘modalidade’ manifestação da vontade, nos direitos individuais previstos nos artigos 227 e 229, e em respeito à dignidade humana (artigo 1 º, III), sugerir, possibilitar a elas que se submetam a mediação como meio de melhor e consensualmente buscar solucionar o conflito”.

Na reforma do código de processo civil de 1994 -1995, foi inserido o inciso IV do artigo 125, que determina ao juiz, tentar a qualquer tempo a conciliação das partes, assim como a introdução de audiência preliminar com o objetivo da tentativa de conciliação e organização do processo (art. 331).

Esta reforma e outros artigos inseridos no Código de Processo Civil, assim como alguns em leis esparsas, revelam a intenção do legislador na tentativa de conciliação das partes, como objetivo do processo.

Neste panorama é que se pode afirmar com razão de que a mediação é possível antes do processo ou em qualquer fase deste. Bastando para isso apenas a vontade das partes em se submeter a mediação, sendo lícito ao juiz suspender o curso processual, aguardando a conclusão da mediação.

Os principais requisitos para a utilização da mediação é a autonomia da vontade e constituir em objeto lícito e não defeso em lei.

Como a mediação tem como escopo levar as partes a compor o conflito, resultará sua solução, em havendo, num acordo, ou pelo menos no diálogo, onde busca-se uma melhor solução para ambas as partes, bem como uma maior celeridade e uma maior rapidez.

8.2 – PRÁTICA NO BRASIL

Existem atualmente no Brasil diversos núcleos de mediação privada, inclusive em Faculdades de Direito, que oferecem às partes a condução da solução dos conflitos, sem nenhuma vinculação com o Poder Judiciário, sendo essas procuradas e utilizadas exclusivamente por iniciativa das partes.

Outrossim, a mediação está sendo utilizada em nossos Tribunais, com a edição de norma institucionalizada para a sua aplicação, como é o caso do Tribunal do Distrito Federal e do Estado de Goiás. Outros Tribunais incentivam a aplicação deste instituto, mesmo diante de inexistência de lei específica, como por exemplo, o Tribunal do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Pernambuco.

Alguns magistrados, mesmo diante da falta de legislação específica, estão utilizando a mediação de forma pioneira em algumas Comarcas, como por exemplo, os Juizes da Comarca de Londrina e Curitiba.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) está elaborando uma experiência para criar um centro de mediação para processos em primeira instância.

Já foi publicado um provimento criando a novidade na Justiça Paulista, que agora está recolhendo nomes de mediadores voluntários que deverão começar com os casos da 16ª Vara Cível da cidade de São Paulo.

No Distrito Federal, através da resolução n º 02 de março de 2002 foi institucionalizado a mediação a ser aplicado aos processos de primeira instância. O Tribunal de Goiás anunciou este ano a edição de uma lei que institucionalizará a mediação a ser utilizada em segunda instância.

O Estado do Rio Grande do Sul é pioneiro na utilização da mediação forense, mas as regras para esta prática não são institucionalizada.

8.3 – PROJETOS DE LEI

O presente Projeto de Lei é o resultado da harmonização de duas propostas legislativas: o Projeto de Lei n. 94, de 2.002, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, aprovado pela Câmara dos Deputados e atualmente na Comissão de Constituição e Justiça do Senado; e o Anteprojeto de Lei do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Escola Nacional da Magistratura, apresentado ao Ministro da Justiça Dr. Márcio Thomas Bastos, no mesmo ano. A Deputada Zulaiê Cobra, o Instituto Brasileiro de Direito Processual e a Escola Nacional da Magistratura trabalharam em conjunto, chegando à versão consensuada de um novo Projeto, que recolhe as idéias fundamentais do Projeto e do Anteprojeto acima indicados, tornando mais completo e satisfatório o resultado final.

Por iniciativa do Dr. Sérgio Renault, Secretário da Reforma do Judiciário junto ao Ministério da Justiça, o Projeto consensuado foi apresentado e amplamente

debatido em audiência pública, aos 17/09/2003, na presença dos autores dos primitivos Projeto e Anteprojeto e de membros do Poder Judiciário, da Advocacia e das instituições, entidades e pessoas especializadas em mediação. Muitas das sugestões apresentadas foram acolhidas pela comissão conjunta, que as incorporou ao texto final.

Este projeto de lei prevê, entre outros, a mediação antes de iniciado o processo, assim como aquele realizado no curso da instrução processual. Esta mediação é de cunho facultativo, para toda e qualquer matéria de direito que admita conciliação, reconciliação, transação, ou acordo de outra ordem e poderão ser mediadores, de acordo com este projeto de lei, qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito.

A matéria desta mediação é aquela eminentemente de cunho patrimonial, excluindo as ações de Estado, ação de interdição; quando for autor ou réu, pessoa incapaz e no inventário e no arrolamento, quando houver incapazes.

Por ser muito específico, e principalmente voltado as ações de cunho patrimonial, esse estudo recebeu muitas críticas. Vale também ressaltar que limita a atuação dos profissionais como mediadores.

8.4 – DIREITO COMPARADO

A mediação é uma forma de resolução de conflitos muito utilizada em vários países, principalmente nas ações de direito de família.

O governo Australiano, através de um órgão intitulado NADRAC (Conselho Consultivo Nacional de Solução Alternativa de Disputa), estuda e promove a divulgação dos meios alternativos de resolução de conflitos, tendo uma divisão para o estudo e implementação destes meios alternativos em litígios de família, onde adotam, entre outras alternativas, a mediação. Este órgão realiza

diversas pesquisas com o intuito de informar e colocar em prática a utilização dos meios alternativos de resolução de conflito no país.

Na França a mediação familiar é muito difundida com a edição em 2001 de nova legislação sobre o tema. Nesse país apenas os direitos patrimoniais e os direitos de família estão sujeitos à livre disposição das partes para o conflito se tornar objeto da mediação.

No Paraguai a mediação remonta-se do ano de 1996, época em que instituições como o Centro de Arbitragem e Conciliação do Paraguai, a Câmara e Bolsa de Comércio e a Universidade Católica Nossa Senhora de Assunção, por meio de seus profissionais apostaram na contribuição pacífica dos meios alternativos para as soluções dos conflitos. Com o surgimento da Oficina de Mediação houve um grande avanço da difusão da mediação no país, tendo como principal avanço o aparecimento de instituições que se dedicam a mediação em todos os âmbitos. Como também tem crescido ostensivamente o ensinamento do Instituto da Mediação, pela qual já se pode afirmar que alcança o grau de disciplina científica.

8.5 – BENEFÍCIOS E VANTAGENS DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

Vários são os pontos que afastam a mediação dos procedimentos judiciais impostos pelo Sistema Judiciário. Esses pontos que distanciam tanto essas formas de resolução de conflitos, podem ser trazidos para a realidade da sociedade brasileira como vantagens e benefícios.

Ao decupar o processo de mediação percebe-se que não há uma uniformidade quanto a sua realização. Primeiro, no tocante a sua referência ao processo judicial, se prévio ou incidental, e segundo, especificamente quanto os procedimento seguido na mediação.

Mediação apresenta várias vantagens enquanto método de resolução de conflitos. São elas:

- Diminui os custos inerentes à resolução de conflitos, pois as taxas cobradas pelos Mediadores (Administração de procedimentos e honorários) são rigorosamente inferiores às custas despendidas no processamento perante a Justiça Comum, principalmente em função da multiplicidade quase interminável de recursos permitidos legalmente e que oneram em demasia o custo processual.;

- Reduz o tempo médio de resolução do conflito. Na mediação, embora não haja prazo fixado para a sua conclusão, os resultados normalmente são obtidos em uma ou duas sessões. As partes, se desejarem, podem estipular, em comum acordo, este prazo;

- Permite que os participantes controlem os procedimentos, desde o inicio até ao fim, uma vez que a decisão de iniciar ou pôr fim à mediação está sempre nas mãos das partes interessadas;

- Mantém a confidencialidade do conflito, pois o sigilo é uma importante arma na mediação;

- É um meio flexível e informal.

- Permite a melhoria do relacionamento entre as partes, ou pelo menos evita a sua deterioração, na medida em que promove um ambiente de colaboração na abordagem ao problema;

- Permite sanar o conflito na medida em que o mesmo é tratado a fundo e de acordo com os critérios valorizados pelas partes e não de acordo com critérios estabelecidos exteriormente;

- Reduz o desgaste emocional, pois facilita a comunicação entre as partes;

- Possibilita a efetiva reparação pessoal, uma vez que são as partes que criam responsavelmente a solução para o problema.

9. CONCLUSÃO

O processo evolutivo das relações pessoais passam e passarão por constantes situações de complexidade, tanto de ordem social, econômica e política refletindo nos diferentes âmbitos da sociedade, evidenciando a necessidade sempre que necessário de medidas assistenciais e vigilantes para que os impasses não alcancem situações desfavoráveis aos indivíduos envolvidos.

Essas situações de complexidade são provocadas pelas constantes e velozes mudanças pelas quais passam a sociedade. Diante de tantas transformações, não é de se admirar que as relações humanas fiquem cada vez mais predispostas aos conflitos.

Na história da humanidade, vimos que as mudanças surgem sempre após um conflito, não me refiro somente às guerras, mas a todos os fatos que trouxeram aos homens novidades e desequilíbrio com uma posição anterior conhecida ou estabelecida. Todo conflito, seja constituído por guerras, ou pelos individuais, tem pessoas envolvidas as quais são responsáveis pelos acontecimentos, que nasceram de um desejo, de uma aspiração, repletas de estratégias, etc.

Muitas vezes o conflito, após clarificar-se, trata-se de um simples mau entendido, ou uma distinta compreensão da realidade. Outras vezes não existe realmente, mas trata-se de um falso conflito, visto que foi uma interpretação individual, da construção do mapa do mundo de cada indivíduo.

Esses conflitos no direito de família, quando não são bem dirigidos, podem transformar o que poderia ser um simples mau entendido, em uma questão judicial, onde todas as partes, que se encontram normalmente fragilizadas, saem prejudicadas, mesmo quando alcançam seus objetivos. Essa questão se torna ainda mais preocupante quando envolvem crianças que muitas vezes observam os pais numa constante agressão verbal.

Diante dessas situações procurou-se estudar nesse trabalho os meios alternativos de resolução de conflitos, pois além de tentar resolver o problema de humanizar os conflitos levados ao Pode Judiciário ainda resolveria diversos problemas enfrentados pelo país, a sociedade e as instituições públicas, que clamam por meios de atenuar as desigualdades sociais e de dar maior agilidade aos processos, para que se conquiste uma maior conscientização dos direitos. A

mediação é, indubitavelmente, um meio que, apesar de já antigo, pode ser utilizado para todos esses fins tão modernos.

Há uma rediscussão acerca do tema, tendo em vista a possibilidade desse meio alternativo de solução de conflitos tornar-se obrigatório no Processo Civil Brasileiro.

Pensando nisso, procurou-se estudar os princípios, as etapas, os objetivos, os procedimentos, as vantagens e os benefícios da mediação, que provocará, de modo efetivo, a solução e a prevenção de conflitos, conquistando a paz e também a inclusão social.

A inserção desse meio no Poder Judiciário só tornará esse órgão mais célere, mais humanizado e mais objetivo. A mediação não vai tomar o espaço desse poder, em razão de somente ser autorizada em casos específicos, ou seja, aqueles em que os direitos são passíveis de conciliação, transação, reconciliação ou outro tipo de acordo.

Avaliou-se o projeto de lei que tenta colocar no ordenamento jurídico brasileiro a mediação compulsória, tendo sido feito ainda um comparativo com os exemplos que se têm no Estado brasileiro e também em outros países.

Por meio da mediação, a população sentir-se-á mais satisfeita com as soluções de seus casos, uma vez que foi ela mesma quem decidiu quando na ocorrência de um conflito, possibilitando até um maior cumprimento das decisões das mediações.

A justiça social poderá refletir em todas as áreas, se os meios como a mediação são os mais adequados para serem aplicados, já que os casos não passíveis de discussão em mediação poderão ser resolvidos de melhor forma pelo Judiciário, que cuidará de causas mais complexas, tornando-se este mais ágil no desempenho de sua função.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FONTES PRIMÁRIAS:

- BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. 28 ed. SÃo Paulo: Saraiva, 2003.
- _____, Projeto de Lei de 2003. **Institui e disciplina a mediação paraprocessual como mecanismo complementar de prevenção e solução de conflitos no processo civil e dá nova redação ao artigo 331 do Código de Processo Civil – Lei nº 5.869/73**: **redação final**.
- _____, **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação: rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário da Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CINTRA, Antônio de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- SOUSA NETO, João Batista de Mello. **Mediação em Juízo**. São Paulo: Atlas, 2000.
- SALES, Lília Maia de Morais. Mediare. Um guia prático para mediadores. 2 ed. Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2004.
- SALES, Lília Maia de Morais e Denise Almeida de Andrade. Mediação em Perspectiva. Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2004.

- ✓ SILVA, João Roberto da. **A Mediação e o Processo de Mediação**. São Paulo:

  Paulistanajur, 2004

FONTES SECUNDÁRIAS:

Artigos publicados em revistas, jornais e internet.

ANEXOS

ANEXO 01 – PROJETO DE PESQUISA

THAIS DE ARRUDA GONDIM

MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA.

UMA ALTERNATIVA HUMANIZADA DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS NO PODER JUDICIÁRIO.

Projeto de Pesquisa apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC para desenvolvimento da Monografia de Final do Curso de Direito (Direito de Família).

Orientador: Prof. Lilia Maia de Morais Sales

FORTALEZA

2006

SUMÁRIO

I. IDENTIFICAÇÃO 03

II. DEFINIÇÃO DO PROBLEMA 04

III. JUSTIFICATIVA DO TEMA 07

IV. REFERENCIAL TEÓRICO 08

V. OBJETIVOS 11

VI. METODOLOGIA 12

VII. PLANO PROVISÓRIO DE PESQUISA 13

VIII. CRONOGRAMA DE TRABALHO 15

IX. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 16

I – Identificação

1.1 – Assunto:

Mediação

1.2 – Tema:

Mediação no Direito de Família. Uma alternativa humanizada de resolução dos conflitos no Poder Judiciário.

1.3 - Resumo da Proposta:

A presente pesquisa visa analisar a Mediação como um instrumento paralelo para solucionar de uma forma mais humana os conflitos trazidos ao Poder Judiciário, mais especificadamente nas Varas de Família, modificando o paradoxo de tentar resolver sempre os conflitos mediante um enfrentamento judicial.

Devido às constantes mudanças sofridas na base familiar, se tornou necessário que não só o Poder Judiciário, mas também os seus servidores passem por uma capacitação, para que possam conduzir melhor os conflitos que necessitem de uma solução, e que ainda preservem os sentimentos da relação, ou seja, possam mediar os conflitos.

E além desse ponto crítico ninguém tem dúvida da necessidade de desafogar a Justiça. Uma das estratégias para atingir a meta, com certeza, passa justamente por reduzir o número de conflitos judiciais, com a sociedade utilizando mecanismos alternativos para evitar que todo e qualquer confronto tenha os tribunais como destino.

E, ainda, abordando a importância / necessidade da mediação através de suas principais características, vantagens e benefícios que paulatinamente proporcionará à sociedade e ao Poder Judiciário.

II – Definição do Problema

A família cada vez mais modificada tem passado por inúmeras transformações. A evolução permanente da sociedade ao longo dos anos, e consequentemente a evolução da família, trouxe ao âmbito jurídico a necessidade de atualizar-se.

Essas atualizações no direito brasileiro acompanham de forma crescente e contínua a sociedade em que vivemos, assim, os pontos críticos e divergentes, que culminam conflitos familiares são tratados muitas vezes de forma equivocada pelos operadores do direito.

Como os conflitos familiares permeiam na maioria das vezes pensão alimentícia, separação judicial, reconhecimento de paternidade, entre outros, envolvem um menor, que em quase na sua totalidade é colocado em meio a essa disputa, tendo muitas vezes o seu estado emocional abalado.

Com a falta de qualificação dos operadores do direito para tratar com questões de natureza tão delicada, se faz cada vez mais necessário a presença de um terceiro qualificado para mediar tal discussão, sem trazer maiores prejuízos às partes.

2.1 - Evolução da Família:

Rodrigo da Cunha Pereira em seu livro cita que:

> *"(...)em 1884, Friedrich Engels[ii] publicou "A origem da Família, da Propriedade e do Estado", descrevendo, uma ordem*

evolutiva em três épocas principais: estado selvagem, barbárie e civilização".

Nesta época o grupo familiar não se baseava nas relações individuais. Havia tribos e em variados lugares, elas se apresentavam de forma poligâmica ou monogâmica, patriarcal ou matrilinear.

A monogamia desempenhou um papel importante no impulso social, em relação aos descendentes, aparecendo aí o exercício do poder paterno que com a origem das pequenas oficinas, como um fator econômico de produção e base de sustento para a família, que produzia o que se comia.

Na Babilônia, a família também era baseada no casamento monoparental, mas sob a influência dos judeus, autorizava-se a figura da esposa secundária caso a primeira não pudesse conceber um filho.

Nesta época, a procriação surge como finalidade essencial do casamento, para que não se acabe a família, e para que o culto aos Deuses e aos ancestrais seja sempre preservado.

Em Roma, o poder do *pater* exercido sobre a mulher, os filhos e os escravos é quase absoluto. A família como grupo é essencial, para a perpetuação do culto familiar, não sendo o afeto o elo de ligação entre os membros da família. O *pater* poderia sentir o mais profundo sentimento por sua filha, mas não poderia deixar a ela, em testamento, nenhum bem de seu patrimônio. A instituição fundava-se no poder paterno ou no marital, derivando-se de um vínculo que é maior que o do nascimento: a religião doméstica e o culto dos antepassados.

Mais tarde o Cristianismo passou a condenar a união livre e instituíu o casamento como sacramento, colocando em destaque a união espiritual entre os nubentes.

Em seu livro “A cidade Antiga”, Fustel de Coulanges, diz que:

> *“O casamento era obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objeto principal não estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um com o outro e querendo associarem-se para a felicidade e para as canseiras da vida. O efeito do casamento, à face da religião e das leis, estaria na união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para ser continuador desse culto.”*

Já na civilização: o homem continua aprendendo a como aperfeiçoar os produtos oriundos da natureza, começando aí o período da indústria e da arte.

Com a Revolução Industrial, surgiu também um novo modelo de família, perdendo seu valor econômico explorável, sua maior responsabilidade passa a ser o desenvolvimento dos valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre os seus membros.

Jacques Lacan, em 1938, escreveu o tomo VIII da Encyclopédie Française, no texto Família, onde aponta que família não é um grupo natural, mas sim cultural. A família não se constrói apenas por um homem, mulher e filhos. Possui uma estruturação psicológica, pela qual cada um dos membros ocupa um lugar, uma função. Mas o lugar do pai, da mãe, dos filhos não precisa estar necessariamente ligado biologicamente.

A família contemporânea é inovadora, democrática e igualitária. Os diversos modelos de família que hoje existem possuem seus relacionamentos baseados na igualdade, solidariedade, afetividade e liberdade.

Todas essas transformações proporcionaram uma instabilidade familiar, verificando-se a necessidade da utilização de meios adequados de solução de conflitos.

2.2 – Problemas que assolam o Poder Judiciário:

É sabido que o Sistema Judicial está sobrecarregado de trabalho e, por isso, suas decisões, de qualquer natureza, levam muito tempo para serem proferidas. Diante deste quadro concreto, é necessário que aqueles que trabalham com o direito, busquem uma forma alternativa mais ágil, e que ainda assim, mantenha a credibilidade e, sobretudo, a imparcialidade de que goza o Poder Judiciário.

No que pertine a condução dos conflitos envolvendo o direito de família, é bastante falho a qualificação dos profissionais (servidores, juizes, promotores, etc.), isso deixa a mercê, as pessoas que ingressam com uma demanda no judiciário. Além disso, as péssimas condições de trabalho, devido a pouca verba destinada pelo Estado, acabam prejudicando o desempenho e a boa vontade para com as partes envolvidas nos litígios.

Além da do poder judiciário, o profissional do direito e a sociedade como um todo, devem repensar a forma tradicional de contenciosidade de algumas demandas, onde, na realidade, esta deveria ser evitada, como é o caso das ações de direito de família.

A tendência do direito processual para o novo milênio é voltada à busca de um direito e uma justiça mais acessível, buscando uma consciência jurídica para a dimensão social do processo.

2.3 – Solução para o problema:

Os meios alternativos de solução de conflitos “surgem como novos rumos a serem trilhados facultativamente pelos jurisdicionados que necessitam resolver seus litígios de maneira, muitas vezes, distinta dos moldes contidos no processo civil tradicional.”

A mediação está se mostrando como um eficaz meio de composição de conflitos familiares, uma vez que, através do diálogo, realiza-se um verdadeiro tratamento dos conflitos, facilitando a continuação da relação entre os parentes.

Salienta-se que a mediação não pretende substituir o Poder Judiciário, ao contrário, funciona como meio de fortalecimento desse poder.

Assim sendo, procuraremos, verificar, durante a presente pesquisa, os seguintes questionamentos:

1- Como a legislação brasileira acompanhou a evolução da família?

2- O que é mediação? Quais as suas várias definições? Qual a sua natureza? Quais os seus princípios e objetivos?

3- Como se dá o processo de mediação, enfatizando a sua atuação no Direito de Família?

4- Quem é a figura do mediador?

5- Qual o papel dos mediadores judiciais, segundo o enfoque transformativo?

6- Qual o papel dos advogados e dos juizes dentro do processo de mediação?

7- Porque a escolha da mediação pode ser mais vantajosa para solucionar conflitos gerais e familiares?

8- Qual a validade e a eficácia jurídica do acordo proferido mediante mediação?

9- Qual o meio utilizado pelo poder Judiciário para poder controlar a mediação?

10- Com o desenvolvimento do projeto de Lei sobre Mediação no Brasil, pode melhor ser implantado na prática?

III – Justificativa do Tema

O Poder judiciário é observado pelo público em geral, como um dos poderes que apresentam a morosidade como uma de suas características, acumulando em suas prateleiras uma grande quantidade de processos. Nas varas de família, especificadamente, além da morosidade do judiciário, recai também sobre esses processos a falta de qualificação dos servidores em geral para lidar com esse tipo de questão, que envolvem sentimentos e emoções dos familiares. Evidencia-se cada vez mais, que existe a necessidade de uma solução imediata e prática, tendo como conseqüência uma nova alternativa para as questões conflituosas.

A mediação nasceu com o intuiuto de solucionar, ajudar e prevenir o problema que assola o judiciário, que é a quantidade exorbitante de processos, versus uma pequena quantidade de servidores qualificados, de conscientizar as pessoas dos seus direitos, principalmente no que pertine ao direito de acesso à justiça, e também, como instrumento para se atingir a paz social.

Assim, é fundamental a pesquisa e o estudo destes pontos sobre a mediação, focando principalmente no direito de família, a fim de informar e esclarecer sobre os benefícios da elaboração de um acordo como meio consensual de resolução de litígios. É preciso que a sociedade perceba que por ser uma maneira simples e rápida, a mediação resulta em um instrumento muito mais eficaz para ambas as partes.

IV – Referencial Teórico

As modalidades e aplicações das formas não jurisdicionais de solução e conflitos (mediação, arbitragem, etc.) ainda são pouco mencionadas tanto nos Fóruns e Tribunais, quanto nos cursos de Direito, razão esta que torna o assunto um tema interessante e inovador, com um vasto campo para pesquisas e discussões.

O novo Código Civil - Lei n° 10.406, de janeiro de 2002, estabelece em seu artigo 851 que: “é admitido compromisso judicial ou extra judicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”.

O primeiro a propor este tipo de solução consensual para os problemas sociais foi Roger Fischer da Faculdade de Direito da Universidade de Harvad, nos Estados Unidos em 1970:

> *“Quer a negociação diga respeito a um contrato, uma discussão familiar ou um acordo de paz entre as nações, as pessoas empenham-se rotineiramente na barganha posicional. Cada um os lados toma uma posição, defende-se e faz concessões para chegar a uma solução de compromisso.” (Apud: João de Mello: 2000, p.83).*

Foi a partir do pensamento de Roger Fischer que a Mediação surgiu, como um instituto de auxilio para as demandas judiciais e seu crescimento se difundiu rapidamente, sendo prontamente incorporada ao sistema legal de diversos países, inclusive do Brasil, onde já são expressivas as entidades e órgãos

institucionais de mediação. Os estados da região sul do país, já estão bem desenvolvidos quanto ao exercício e a prática da utilização da Mediação para a resolução de controvérsias jurídicas, sendo principalmente utilizada no que diz respeito aos litígios relacionados com o Direito de Família.

Adolfo Braga Neto, (2003, p.83) explica que a sociedade brasileira esta acostumada e acomodada ao litígio e ao célere pressuposto básico de que justiça só se alcança a partir de uma decisão proferida pelo juiz togado. Decisão esta, muitas vezes restrita a aplicação pura e simples e previsão legal, o que explica o vasto universo de normas em nosso ordenamento jurídico nacional.

Está em trâmite um Projeto de Lei n º 4.827/98, de autoria da Deputada Federal Zulaiê Cobra, para a regulamentação da mediação, O referido projeto, encaminhado no inicio do ano de 2003 ao Senado Federal, se encontra no aguardo da sua aprovação.

Este projeto de lei prevê, entre outros, a mediação antes de iniciado o processo, assim como aquele realizado no curso da instrução processual. Esta mediação é de cunho facultativo, para toda e qualquer matéria de direito que admita conciliação, reconciliação, transação, ou acordo de outra ordem, e poderão ser mediadores, de acordo com este projeto de lei, qualquer pessoa capaz que tenha formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito.

Cumpre notar ainda que o Novo Projeto preocupa-se em trazer a Mediação para dentro do Poder Judiciário, por intermédio do que denomina de “mediação para processual”. A Mediação poderá ser judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores, e será prévia ou incidental, de acordo com o momento em que tiver lugar.

Outrossim, é importante lembrar que, embora a Mediação seja meio propício para a solução de determinados litígios, nada impede que o cidadão recorra ao Poder Judiciário visto que, este lhe é um direito assegurado na Carta Maior no artigo 5º, XXXV.

O inciso I do artigo 4° da Lei Complementar nº. 80/94 (Lei Orgânica da Defensoria Pública da União) reza que é função institucional da Defensoria Publica promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as artes em conflito de interesses. Esta lei em apreço não se refere à Mediação, porém, as funções nela expressas são meramente exemplificativas, não impedindo que a Defensoria Pública adote mencionado método de resolução de litígio.

Apesar de o Brasil ter sucesso e satisfação das partes nos acordos dos processos de mediação ainda não regidos por Legislação própria, estes ainda não incorporam o Direito Positivo brasileiro, portanto legalmente este instituto ainda não existe em nosso mundo jurídico. Há um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional, este é o resultado da harmonização de duas propostas legislativas: o Projeto de Lei nº 94/02, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, aprovado pela Câmara dos Deputados e atualmente na Comissão de Constituição e Justiça do Senado; e o anteprojeto de Lei do Instituto Brasileiro de direito processual, apresentado ao Ministro da Justiça Dr. Márcio Thomas Bastos, no mesmo ano.

V – Objetivos

5.1 – Geral:

Analisar a importância da Mediação como um instrumento para melhorar a administração dos conflitos e humanizar os atos provenientes do judiciário, e, ainda, dar eficácia ao acordo dentro do Poder Judiciário, principalmente no que diz respeitos aos litígios julgados nas Varas de Família.

5.2 – Específicos:

1. Caracterizar a Mediação, sua definição, seus princípios e seus objetivos;
2. Verificar o posicionamento que tem adotado a doutrina e a jurisprudência acerca do tema, salientando a relevância do desenvolvimento do Projeto de Lei sobre Mediação, em torno da grande demanda por ser solução rápida de solução de conflitos;
3. Identificar os meios de controle utilizados pelo poder Judiciário na mediação;
4. Analisar e identificar para quais tipos de litígio a Mediação é recomendada;
5. Analisar quais os benefícios e resultados trazidos à esfera do Direito de Família;
6. Avaliar as consequências de um acordo realizado através da Mediação no Universo Jurídico;

VI – Metodologia

6.1 – Tipos de Pesquisa:

A metodologia utilizada no trabalho monográfico será caracterizada como um estudo descritivo analítico, desenvolvido através de pesquisa:

1. Bibliográfica: Será tratado o problema a partir de referências teóricas, baseadas em análises doutrinárias já publicadas em livros e artigos publicados em diversos meios (revistas, internet, etc.).
2. Documental: Através de projetos, leis e jurisprudência dentre outras que tratem sobre o tema em questão.

6.2 – Tipologia da Pesquisa:

1. Quanto à utilização dos resultados: pura, haja vista que tem por objetivo apenas aumentar o conhecimento do pesquisador, não implicando em transformação da realidade.
2. Quanto à abordagem: qualitativa, pois utiliza analises das causas, condições e freqüências de determinadas situações sociais.

6.3 – Pesquisa quanto aos objetivos:

1. Descritiva, importando-se apenas em descrever o objetivo da pesquisa.
2. Exploratório, uma vez que buscará aprimorar idéias, bem como, ajudar na formação de hipóteses e contribuir com subsídio para realizá-las, limitando-se a definir objetivos e procurar um número maior de informações sobre o assunto.

VII – Plano Provisório de Pesquisa

1 INTRODUÇÃO 10

1.4 Justificativa do Tema 13

1.5 Objeto 14

1.6 Metodologia 15

2 NOÇÕES PRELIMINARES DA MEDIAÇÃO 18

2.1 Histórico, Conceitos e Definições 20

2.2 Natureza Jurídica 25

2.3 Princípios e Objetivos 28

3 FIGURANTES DA MEDIAÇÃO 31

3.2 Partes 35

3.2 Mediador 38

3.3 Advogado 40

3.4 Juiz 44

4 MEDIADOR 45

4.2 Quem é o mediador 47

4.2 Qual a função do mediador 49

4.3 Áreas de atuação e técnicas do mediador 52

5 MEDIAÇÃO E SUA APLICAÇÃO 55

5.2 Processo e etapas da mediação 57

5.2 Aplicação da mediação familiar 59

5.3 Formas e modelos de intervenção 62

6 SOLUÇÃO ALTERNATIVA NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS 65

6.2 Solução de Conflitos 66

6.2 Validade e Eficácia Jurídica do Acordo Proferido 68

Mediante a Mediação 70

6.3 Controle do Judiciário 72

7 MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA 74

7.2 Evolução da família 76

7.2 Mediação familiar 78

7.3 Tipologia em conflitos de família 80

7.4 A criança e a mediação 82

7.5 Mediação no processo de divórcio 83

7.6 Mediação familiar e o ordenamento jurídico brasileiro .85

7.7 A importância do acordo 87

8 DESENVOLVIMENTO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL 89

8.2 Possibilidade de aplicação na atual legislação brasileira 91

8.2 Prática no Brasil 93

8.3 Projetos de lei 95

8.4 Direito comparado 97

8.5 Benefícios e vantagens da mediação no Brasil 99

9 CONCLUSÃO 102

10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 105

11 ANEXOS 109

VIII – Cronograma de Trabalho

	Jan	Fev	Mar	Abr	Mai	Jun	Jul	Ago	Set	Out	No	Dez.
Elaboração de Pré-projeto e revisão final para o projeto monográfico.		X	X									
Fichamentos, resumos e relatórios da pesquisa bibliográfica e de campo/redação dos capítulos.			X	X	X							
Finalização da redação da monografia e exame de qualificação.						X	X					
Redação final da monografia para exame de qualificação e defesa pública.							X	X				

IX – Referências Bibliográficas

FONTES PRIMÁRIAS:

- ✓ BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. 28 ed. SÃo Paulo: Saraiva, 2003.
- ✓ _____, Projeto de Lei de 2003. **Institui e disciplina a mediação paraprocessual como mecanismo complementar de prevenção e solução de conflitos no processo civil e dá nova redação ao artigo 331 do Código de Processo Civil – Lei nº 5.869/73**: **redação final**.
- ✓ _____, **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ✓ CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação: rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002.
- ✓ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário da Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- ✓ CINTRA, Antônio de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- ✓ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- ✓ SOUSA NETO, João Batista de Mello. **Mediação em Juízo**. São Paulo: Atlas, 2000.
- ✓ SALES, Lília Maia de Morais. Mediare. Um guia prático para mediadores. 2 ed. Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2004.
- ✓ SALES, Lília Maia de Morais e Denise Almeida de Andrade. Mediação em Perspectiva. Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2004.
- ✓ SILVA, João Roberto da. **A Mediação e o Processo de Mediação**. São Paulo: Paulistanajur, 2004

FONTES SECUNDÁRIAS:

Artigos publicados em revistas, jornais e internet.

i
ii

ANEXO 02 - PROJETO DE LEI DE MEDIAÇÃO

PROJETO DE LEI N. DE 2.003

Institui e disciplina a mediação paraprocessual como mecanismo complementar de prevenção e 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 CONGRESSO NACIONAL decreta:

Capítulo I
Modalidades de Mediação

Art. 1º Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial escolhido ou aceito pelas partes, com o propósito de permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual

§ 1º Esta lei regula a mediação paraprocessual voltada ao processo civil.

§ 2º A mediação paraprocessual será prévia ou incidental, em relação ao processo judicial; e judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores (arts. 16 e 17).

§ 3º É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem.

§ 4º A mediação poderá versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 5º A mediação será sigilosa, salvo estipulação em contrário das partes, observando-se, em qualquer hipótese, o disposto no art. 14.

§ 6º A transação, subscrita pelo mediador, judicial ou extrajudicial, pelos transatores e advogados, constitui título executivo extrajudicial.

§ 7º A pedido de qualquer um dos interessados, a transação, obtida na mediação prévia ou incidental, poderá ser homologada pelo juiz, caso em que terá eficácia de título executivo judicial.

§ 8º Na mediação prévia, desde que requerida pelos interessados, a transação será reduzida a termo e homologada por sentença, independentemente de processo.

Capítulo II

Seção I

Da Mediação Prévia

Art. 2º A mediação prévia é sempre facultativa, podendo ser judicial ou extrajudicial.

Art. 3º O interessado poderá optar pela mediação prévia judicial. Neste caso, o requerimento adotará formulário padronizado, subscrito por ele e seu advogado, ou só por este, se tiver poderes especiais.

§1º A procuração instruirá o requerimento, facultada, no curso da mediação, a exibição de provas pré-constituídas.

§ 2º Distribuído ao mediador, o requerimento ser-lhe-á encaminhado imediatamente.

§ 3º Recebido o requerimento, o mediador designará dia, hora e local para a sessão de mediação, dando ciência aos interessados por qualquer meio eficaz.

§ 4º A cientificação ao requerido conterá a advertência de que este deverá comparecer à sessão de mediação acompanhado de advogado. Não tendo o requerido advogado constituído, o mediador solicitará à Defensoria Pública ou, na falta desta, à Ordem dos Advogados do Brasil, a designação de dativo. Na impossibilidade de atendimento imediato a essa disposição, o mediador remarcará a sessão para data tão próxima quanto possível, mantendo-se a indispensabilidade dos advogados.

§5º Os interessados, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial, dentre os cadastrados nos termos do parágrafo único do art. 5o.

Art. 4º Obtida ou frustrada a transação, o mediador lavrará o termo apropriado, descrevendo circunstanciadamente todas as cláusulas do acordo ou consignando sua impossibilidade.

Parágrafo único. O mediador devolverá ao distribuidor o requerimento, acompanhado do termo, para as devidas anotações.

Art. 5º A mediação prévia extrajudicial, a critério dos interessados, ficará a cargo de mediador independente ou de instituição especializada em mediação. Parágrafo único. Para os fins do inciso IX do art. 6o, os mediadores independentes e as instituições especializadas em mediação deverão estar cadastrados junto ao Tribunal de Justiça (art. 17).

Seção II

Da Mediação Incidental

Art. 6º Observado o disposto no § 3o do art. 1o, a tentativa de mediação incidental é obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos:

I - na ação de interdição;

II - quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis;

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

IV - no inventário e no arrolamento;

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

VI - na ação de retificação de registro público;

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

VIII - na ação cautelar; e

IX - quando a mediação prévia, realizada na forma da seção anterior, tiver ocorrido sem resultado nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação.

Art 7° Nos casos de mediação incidental, a distribuição da petição inicial ao juízo interrompe a prescrição, induz litispendência e produz os efeitos previstos no artigo 593 do Código de Processo Civil - Lei nº 5.869, de 1973.

§ 1º Havendo pedido de liminar, a mediação terá curso após a respectiva decisão.
§ 2º A interposição de recurso contra a decisão liminar não prejudica o processo de mediação.

Art. 8º A petição inicial será remetida pelo juiz distribuidor ao mediador judicial sorteado.
Art. 9º Cabe ao mediador judicial intimar as partes, por qualquer meio eficaz de comunicação, designando dia, hora e local para seu comparecimento, acompanhados dos respectivos advogados.

§ 1º A intimação constituirá o requerido em mora, tornando a coisa litigiosa.
§ 2º As partes, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial, desde que registrado ou cadastrado junto ao Tribunal de Justiça (arts 16 e

17).

§ 3º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

§ 4º Comparecendo qualquer das partes sem advogado, o mediador procederá de acordo com o disposto na parte final do § 4o do art. 3o.

Art. 10. Obtida ou frustrada a transação, o mediador lavrará o termo apropriado, descrevendo circunstanciadamente todas as cláusulas do acordo ou consignando sua impossibilidade.

§ 1º O mediador devolverá a petição inicial ao distribuidor, acompanhada do termo, para as devidas anotações e remessa ao juízo para o qual a petição fora inicialmente distribuída.

§ 2º Ao receber a petição inicial acompanhada do termo de transação, o juiz determinará seu imediato arquivamento. Frustrada a transação, o juiz providenciará a retomada do processo judicial.
§ 3º Decorridos noventa dias da data do início da mediação sem que tenha sido encerrado o respectivo procedimento, com a obtenção ou não da transação, poderá qualquer das partes solicitar a retomada do processo judicial.

Capítulo III

Dos Mediadores

Art. 11. Consideram-se mediadores judiciais, para os fins desta lei:

I – os advogados com pelo menos 3 (três) anos de efetivo exercício de profissão jurídica, capacitados, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores, na forma deste Capítulo; e
II – os co-mediadores, capacitados, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores, na forma deste Capítulo.

Art. 12. Consideram-se mediadores extrajudiciais, para os fins desta lei, as instituições especializadas em mediação e os mediadores independentes.
Parágrafo único. As instituições especializadas em mediação e os mediadores independentes somente precisarão estar inscritos no Cadastro de Mediadores

Extrajudiciais, previsto neste Capítulo, para atuarem na mediação incidental e para os fins de que trata o inciso IX do art. 6o.

Art. 13. Na mediação paraprocessual de que trata esta lei, os mediadores judiciais ou extrajudiciais são considerados auxiliares da justiça.
Parágrafo único. Quando no exercício de suas funções, e em razão delas, os mediadores ficam equiparados aos funcionários públicos para os efeitos da legislação penal.

Art. 14. No desempenho de sua função o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade, vedada a prestação de qualquer informação ao juiz.
Parágrafo único. Caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Tribunal de Justiça e às instituições especializadas em mediação, devidamente cadastradas a formação e seleção de mediadores, para o que serão implantados cursos apropriados, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo.

Art. 15. A pedido de qualquer das partes ou interessados, ou a critério do mediador, este prestará seus serviços em regime de co-mediação, com profissional de outra área, devidamente habilitado, nos termos do § 2o deste artigo.

§ 1º A co-mediação será obrigatória nas controvérsias que versem sobre Direito de Família, devendo dela sempre participar psiquiatra, psicólogo ou assistente social.
§ 2º O Tribunal de Justiça selecionará, como co-mediadores, profissionais indicados por instituições especializadas em mediação ou por órgãos profissionais oficiais, devidamente capacitados e credenciados.

Art. 16. O Tribunal de Justiça local manterá um Registro de Mediadores Judiciais, contendo a relação atualizada 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 Judiciais no Tribunal de Justiça local.

§ 2º Do Registro de Mediadores Judiciais constarão todos os dados relevantes referentes à atuação do mediador, segundo os critérios fixados pelo Tribunal de Justiça local.
§ 3º Os dados colhidos na forma do parágrafo anterior serão classificados sistematicamente pelo Tribunal de Justiça que os publicará, pelo menos anualmente, para

efeitos estatísticos.

Art. 17. O Tribunal de Justiça também manterá um Cadastro de Mediadores Extrajudiciais, com a inscrição de instituições e entidades especializadas em mediação e de mediadores independentes, para fins do disposto no inciso IX do art. 6o e para atuarem na mediação incidental.

§ 1º O Tribunal de Justiça estabelecerá e divulgará os requisitos necessários à inscrição no Cadastro de Mediadores Extrajudiciais.

§ 2º Enquanto o Tribunal de Justiça não cumprir o disposto no parágrafo anterior, os mediadores extrajudiciais poderão atuar para todos os fins, sem necessidade de se cadastrarem.

Art. 18. A mediação será sempre realizada em local de fácil acesso, com estrutura suficiente para atendimento condigno dos interessados, disponibilizado por entidade pública ou particular para o desenvolvimento das atividades de que trata esta lei.

Parágrafo único. O Tribunal de Justiça fixará as condições mínimas a que se refere este artigo.

Art. 19. A fiscalização das atividades dos mediadores competirá à Ordem dos Advogados do Brasil, através de suas seções e subseções, ou aos demais órgãos profissionais oficiais, conforme o caso.

§ 1º Na mediação incidental, a fiscalização também caberá ao juiz.

§ 2º O magistrado, verificando a atuação inadequada do mediador, poderá afastá-lo de suas atividades no processo, informando à Ordem dos Advogados do Brasil ou, em se tratando de profissional de outra área, ao 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 as medidas de que trata a referida Lei.

Art. 20. Será excluído do Registro ou do Cadastro 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; Parágrafo único. Os casos previstos nos incisos II a IV serão apurados em regular processo administrativo, nos termos dos §§ 2o e 3o do art. 19 desta lei, não podendo o mediador excluído ser reinscrito nos Registros ou Cadastros de Mediadores, em todo o território nacional.

Art. 21. 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 iniciada a mediação, o mediador interromperá sua atividade, lavrará ata com o relatório do ocorrido e solicitará sorteio de novo mediador.

Art. 22. 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 lhe sejam feitas novas distribuições.

Art. 23. O mediador fica impedido de prestar serviços profissionais a qualquer das partes, em matéria correlata à da mediação, e, pelo prazo de 2 (dois) anos, contados a partir do término da mediação, em outra matéria.

Art. 24. Os serviços do mediador serão sempre remunerados, nos termos e segundo os critérios fixados pela norma local.

§ 1º Nas hipóteses em que for concedido o benefício da gratuidade estará a parte dispensada do recolhimento dos honorários.

§ 2º. Havendo pedido de concessão de gratuidade, o distribuidor remeterá os autos ao juiz competente para decisão.

Art. 25. Na hipótese de mediação incidental, ainda que haja pedido de liminar, a antecipação das despesas do processo, a que alude o art. 19 do Código de Processo Civil, somente será devida após a retomada do curso do processo, se a mediação não tiver produzido resultados.

Parágrafo único. O valor pago a título de honorários do mediador será abatido das despesas do processo.

Art. 26. O art. 331 e parágrafos do Código de Processo Civil – Lei nº 5.869, 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 Obtido o acordo, será reduzido a termo e homologado pelo juiz.

§ 6º Se, por qualquer motivo, a conciliação não produzir resultados e não for 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”. (NR)

Art. 27 . Fica acrescentado no Código de Processo Civil – Lei nº 5.869, de 1.973, o art. 331-A, com a seguinte redação:

“Art.331-A. Em qualquer tempo e grau de jurisdição, poderá o juiz ou tribunal adotar, no que couber, as providências previstas no artigo anterior”.

Art. 28. O § 1o do art. 17 e o parágrafo único do art. 18 desta lei entrarão em vigor no prazo de dois meses da data de sua publicação e os demais dispositivos 4 (quatro) meses depois.