

MAÍRA WOLLINGER MACIEL

**A MEDIAÇÃO COMO FORMA ALTERNATIVA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS
NO DIREITO DE FAMÍLIA**

**Unidade Grande Florianópolis – Pedra Branca
2009/1**

**Telefone: (48) 3234-2096
Celular: (48) 9973-0028
E-mail: mwmaira@yahoo.com.br**



**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
MAÍRA WOLLINGER MACIEL**

**A MEDIAÇÃO COMO FORMA ALTERNATIVA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS
NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Palhoça
2009

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
MAÍRA WOLLINGER MACIEL

A MEDIAÇÃO COMO FORMA ALTERNATIVA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS
NO DIREITO DE FAMÍLIA

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Msc. Patrícia Fontanella

Palhoça
2009

MAÍRA WOLLINGER MACIEL

**A MEDIAÇÃO COMO FORMA ALTERNATIVA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS
NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 24 de junho de 2009.

Prof^a. Orientadora Msc. Patrícia Fontanella
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof^a. Débora Betega
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof^a. Andréia Cosme
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A MEDIAÇÃO COMO FORMA ALTERNATIVA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Declaro, para os devidos fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e a Orientadora de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, ____ de _____ de 2009.

MAÍRA WOLLINGER MACIEL

Dedico este trabalho aos meus pais Ione e Renato, a minha irmã Mariana e a meu namorado Ricardo, por todo incentivo recebido durante a faculdade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço as minhas amigas do tempo de colégio por todos os momentos de estímulo e consideração, apesar do distanciamento causado para confecção da presente monografia.

Agradeço a professora Patrícia Fontanella por todo ensinamento prestado e pela dedicação para tornar realidade o presente estudo.

Agradeço aos amigos da faculdade pelos momentos de descontração em sala de aula e pela amizade nos momentos que mais precisei.

Por fim, agradeço a minha família pelas mensagens de incentivo.

RESUMO

O presente estudo monográfico propõe-se a apresentar os benefícios e a eficácia do instituto da mediação como forma alternativa de resolução de conflitos no Direito de Família. Para melhor compreensão do tema proposto, realiza-se a apreciação dos meios alternativos mais conhecidos no Brasil, quais sejam, a conciliação, arbitragem e a mediação, esta última objeto principal de pesquisa. No instituto da mediação elucida-se o seu conceito, natureza jurídica, os princípios aplicáveis, seus tipos e procedimentos, bem como o papel e a função do mediador – o terceiro imparcial que auxilia as partes a confecção do acordo. Além disso, por não possuir lei específica que regulamente este instituto, efetua-se a análise do Projeto de Lei n. 94/2002, que hoje se encontra no plenário da Câmara para aprovação. Por ser o direito de família a área que reflete melhor as vantagens e os benefícios da aplicação da mediação e pela necessidade da manutenção do vínculo entre as partes, estuda-se o direito de família no século XXI, bem como os principais casos de conflitos familiares, sendo estes: a separação, divórcio e suas dimensões legais na guarda, alimentos e partilha de bens e as causas geradoras dos mesmos. Explora-se ainda, a mediação familiar no contexto do direito de família, os casos que não são mediados, a interdisciplinaridade e principalmente as ações mediadas e sua eficácia. E por fim demonstra-se que aplicação da mediação no direito de família é o meio alternativo de resolução de conflito mais eficaz e célere se comparado ao processo judicial.

Palavras-chave: Mediação familiar. Direito de família. Meios alternativos. Conflito.

ABSTRACT

This monographic study aims at presenting the benefits and the efficacy of the mechanism of mediation as an alternative way to resolve family law disputes. The most well-known alternative ways in Brazil are reviewed for a more comprehensive understanding of the proposed theme. These are the conciliation, arbitration, and mediation. The mediation is the focus of this research. With the method of mediation, its concept, its legal nature, its applicable principles, its types, and its procedures are made clear, as well as the role and attributions of the mediator - a neutral third party that helps the involved parties to settle the dispute through agreement. Once the mediation is not ruled by any specific law that regulates its mechanism, we review the Bill No. 94/2002, which is presently submitted to the plenary chamber for approval. As the Family Law is the area that best characterizes the advantages and benefits of the mediation and as the mediator needs to allow the relationship between the parties to be maintained, we study the family Law of the twenty-first century and the main cases of family dispute, namely: separation of spouses, divorce and its legal aspects referring to custody, child support, and distribution of estate as well as the causes of these disputes. The incorporation of mediation in the context of family law, the cases that are not mediated, the interdisciplinary approach to the mediation actions and their efficacy are also explored. Finally, it is shown that applying mediation to family law is a more efficient and quicker alternative way to resolve family disputes when compared to judicial proceedings.

Keywords: Family Mediation. Family Law. Alternative Ways. Dispute.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO	13
2.1 MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	13
2.1.1 Conciliação	14
2.1.2 Arbitragem	16
2.3 MEDIAÇÃO	18
2.3.1 Conceito e Natureza Jurídica	18
2.3.2 Do Projeto de Lei n. 94/2002	20
2.3.3 Princiologia aplicável à mediação	22
2.3.4 Mediador: seu papel e função	23
2.3.5 Tipos de Mediação	25
2.4 PROCEDIMENTO	28
3 DO DIREITO DE FAMÍLIA	30
3.1 DO DIREITO DE FAMÍLIA NO SÉCULO XXI	30
3.2 DOS CONFLITOS FAMILIARES	31
3.2.1 Separação	31
3.2.2 Divórcio	33
3.2.3 Dimensão legal da separação e divórcio	34
3.2.3.1 Guarda	34
3.2.3.2 Alimentos	35
3.2.3.3 Partilha de bens	37
3.3 DAS CAUSAS GERADORAS DOS CONFLITOS	39
4 DA MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA	43
4.1 DA MEDIAÇÃO FAMILIAR	43
4.1.1 Casos que não são mediados	44
4.1.2 A interdisciplinaridade	45
4.2 DAS AÇÕES MEDIADAS	47
4.2.1 Da separação	47
4.2.2 Do divórcio	48
4.2.3 Dimensão legal da separação e divórcio	49
4.2.3.1 Guarda	49

4.2.3.2 Alimentos.....	51
4.2.3.3 Partilha de bens	53
4.3 DOS BENEFÍCIOS DA MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA	55
5 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS.....	62
ANEXO	66
ANEXO A – Projeto de Lei da Câmara n. 94, de 2002.....	67

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é analisar, com base na doutrina, o instituto da mediação e verificar a eficácia e os métodos utilizados pelo mesmo no Direito de Família. Assim, todo o trabalho se desenvolverá com o intuito de responder à seguinte indagação: Como a mediação poderá auxiliar os casais ou famílias a resolver de forma mais célere e eficaz os conflitos familiares?

A escolha do tema pode ser justificada pelos seguintes argumentos, o primeiro pela atualidade do tema, frente à incapacidade do Poder Judiciário de atender à demanda, surge a mediação familiar como alternativa de “desafogar” os tribunais e, mais que isso, reduzir a reincidência processual e morosidade, uma vez que tal procedimento irá produzir resultados qualitativamente mais duradouros do que as vias judiciais.

O segundo argumento está relacionado com o interesse pelo tema, eis que, nas últimas décadas, verifica-se que as atenções em torno da mediação familiar vêm aumentando, motivo este, que nos remete diretamente à importância do problema estudado.

O terceiro argumento se refere ao ineditismo do trabalho que conforme pesquisa já realizada, mostra-se evidente a carência de obras, artigos e publicações acerca do tema, ainda muito criticado e não reconhecido como método eficiente na resolução de conflitos de forma pacífica.

Compreender os indivíduos de uma sociedade as diversas alternativas de resolução de conflitos de forma pacífica, tem se tornado o meio mais eficaz e rápido na resolução de suas divergências, principalmente quando o Poder Judiciário está sobrecarregado de tantas demandas e o congestionamento nos tribunais se torna um empecilho à solução da justiça.

No Brasil, os meios mais conhecidos de resolução de conflitos de forma pacífica são a conciliação, arbitragem e mediação. É sobre a análise desta última a base do presente estudo – O instituto da mediação como alternativa para resolução de conflitos na esfera do Direito de Família. Para tanto, irá se valer da análise do Projeto de Lei n. 94/2002, que hoje se encontra no plenário da câmara para aprovação, para que dessa forma, vislumbrar a viabilidade do instituto da mediação como a forma mais eficaz para a composição dos interesses dos conflitantes.

Sendo assim, para atingir o objetivo proposto, a presente monografia utilizará como metodologia de abordagem, o método dedutivo, que parte de teorias, leis gerais, como doutrinadores do estudo em análise, para a ocorrência de fenômenos particulares e está subdividida em três capítulos assim dispostos:

O primeiro capítulo tratará dos meios alternativos de resolução de conflitos mais conhecidos no Brasil, quais sejam a conciliação, arbitragem e a mediação, esta última objeto principal de estudo, que abordará seu conceito e natureza jurídica, a análise do Projeto de Lei n. 94/2002 que hoje se encontra no plenário da câmara para aprovação, os princípios aplicáveis à mediação, bem como o papel e a função do terceiro imparcial, o mediador, os tipos de mediação e por fim seu procedimento.

No seguinte capítulo abordar-se-á o direito de família no século XXI, bem como os principais conflitos existentes no âmbito familiar na esfera judicial, sendo eles: a separação e o divórcio e suas dimensões legais como a guarda, alimentos e a partilha de bens e as causas centrais geradoras dos conflitos.

Em seguida, apresentar-se-á a aplicabilidade do instituto da mediação no direito de família, os casos que não são mediados, a interdisciplinaridade, bem como as principais ações na esfera da mediação, quais sejam: separação, divórcio, guarda, alimentos e partilha de bens e por fim seus benefícios, capítulo chave para resolver a problematização do estudo em questão e despertar o interesse da sociedade e dos operadores do direito sobre a existência de novas formas de resolução de conflitos de maneira pacífica.

2 DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO

2.1 MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A vida entre os diferentes integrantes de uma sociedade deve ser predominantemente harmônica, ordenada de maneira sistemática, com seus indivíduos buscando principalmente a pacificação social, ou seja, respeitando cada qual suas liberdades perante a coletividade. Calmon (2007, p. 19) explica que:

Cada um renuncia a uma parte de suas atividades defensivas e ofensivas, na medida em que os demais procedem de maneira semelhante. Com isso, se deixa o estado anárquico original e aparecem os primeiros limites da liberdade da ação. Surge, então, a necessidade de coerção, para assegurar o cumprimento dos direitos e obrigações acordadas entre os participantes. Acorda-se, então, criar o Estado.

Com efeito, o surgimento de um conflito se dá quando há uma divergência de interesses acerca de valores, recursos ou posições nos limites de suas liberdades. A jurisdição estatal então se apresenta como meio de buscar a solução deste litígio fazendo valer a força de uma lei para impor direitos.

Porém, diante de uma divergência não há apenas a solução por meio do Poder Judiciário, há também a alternativa de buscar a solução de seus conflitos de forma amigável. Sob este enfoque, Cezar-Ferreira (2004, p. 127) aduz que “As práticas que procuram uma resolução para os conflitos, de forma não adversarial, estão em alta, sobretudo dentro de uma perspectiva que compreende os conflitantes como indivíduos, de um lado, e, de outro, como um todo em interação”.

Foi a partir da Constituição Federal de 1988 que pela primeira vez foi criado um ambiente propício a iniciativas legislativas específicas, com vistas à implementação de instrumentos mais pacificadores de conflitos para a sociedade brasileira. Diz-se no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, em seu art. 4º, VII: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes artigos: [...] VII - solução pacífica dos conflitos” (BRASIL, 1988).

A procura dos meios alternativos de resolução de controvérsias vem ganhando força na sociedade. Sampaio e Braga Neto (2007, p. 8) indicam que há:

[...] uma tendência liberal em todo mundo, pois vários países, indistintamente e de modo muito peculiar, perceberam as dificuldades do formalismo judicial estatal e sua pouca inspiração diante do dinamismo exigido pelas diversas áreas do inter-relacionamento afetivo, profissional ou comercial entre pessoas físicas e jurídicas, e as conseqüentes dificuldades entre elas na gestão e na resolução de conflitos de maneira rápida, eficaz e eficiente.

Salienta-se que o Poder Judiciário está assoberbado de tantas demandas, cercado-se de notórios problemas no que diz respeito à celeridade de resolução e execução nas ações, tornando-se o congestionamento nos tribunais um empecilho à solução da Justiça do Estado. Calmon (2007, p. 3) esclarece:

Queixa-se da ausência de justiça ou a morosidade, bem como da ineficiência de suas decisões. Resolver esses problemas é um desafio a ser vencido de forma complexa e coordenada, não sendo sábio esperar que uma só iniciativa venha a servir de panacéia para males tão fortemente enraizados.

Sampaio e Braga Neto (2007, p. 9) anotam:

[...] as fórmulas tradicionais de resolução de controvérsias não satisfazem mais os usuários do sistema, cada vez mais envolvidos em conflitos de distintas naturezas e formas, dada a complexidade das numerosas inter-relações existentes nos tempos atuais.

Com efeito, há o surgimento de diversas alternativas de resolução de conflitos de forma pacífica, que estão se tornando cada vez mais abrangentes e conhecidas pelos indivíduos que compõem a sociedade. Sob este aspecto, Sampaio e Braga Neto (2007) ensinam que no Brasil, tanto a conciliação quanto a arbitragem e a mediação constituem-se os exemplos mais conhecidos desses métodos, que serão analisados a seguir.

2.1.1 Conciliação

A conciliação, nos ensinamentos de Cachapuz (2006), é um meio de resolução de conflitos, judicial ou extrajudicial, de natureza processual, equivalendo-

se à transação no direito material, onde um terceiro busca uma solução para resolver o conflito.

Sobre a conciliação judicial, Cachapuz (2006, p. 18) explica:

A conciliação judicial é obrigatória, gerando cerceamento de defesa caso não seja utilizada. Nossa legislação é rica a respeito da conciliação, podendo-se encontra-la em vários ordenamentos. É encontrada na legislação processual civil, que atribuiu ao juiz o dever de *'tentar a qualquer tempo conciliar as partes'* (arts. 125, inc. VI, 331, § 1º, 342, 447, 448); as Leis 968/46 e 6.515/77 (divórcio) expressamente em seu art. 3º, § 2º, no juizado especial, e a Lei 9.099/95, instituem uma fase de conciliação, tanto no civil quanto ao criminal (grifo no original).

Considera-se conciliação extrajudicial somente aquela que se desenvolve sem que haja um processo judicial em curso, é uma alternativa ao processo, sendo grande a sua relevância não só por se constituir em um meio alternativo de solução de conflitos, mas, sobretudo, por evitar o processo (CALMON, 2007).

A conciliação é intermediada por um terceiro imparcial e segundo Cezar-Ferreira (2004, p. 135) “[...] é a mais indicada quando aplicada a conflitos que não envolvem relacionamentos que se precisa ou se pretende continuar, como de família ou se sócios comerciais”.

Sobre o assunto, Vezzulla (2001, p. 16) destaca:

A conciliação como técnica é de grande utilidade nos problemas que não envolvem relacionamento entre as partes, o que permite trabalhar sobre a apresentação superficial (verdade formal ou posição) para alcançar uma solução de compromisso sem repercussão especial no futuro de suas vidas.

É importante enfatizar que a conciliação é muito rápida, pois não requer o conhecimento da inter-relação das partes em conflito, já que ele inexistente. As partes precisam apenas de um terceiro para ajudá-las a refletir sobre qual seria a melhor solução para a controvérsia e se valeria a pena enfrentar a outra parte de forma litigiosa (SAMPAIO; BRAGA NETO, 2007).

Segundo Sampaio e Braga Neto (2007, p. 19):

Uma vez que o terceiro não tem vínculos com nenhuma das partes, poderá atuar com mais liberdade e fazê-lo refletir sobre as sugestões apresentadas, que nunca são impositivas ou vinculativas. Nesse sentido, o objetivo maior da conciliação é a composição das partes para pôr fim à demanda, quer judicial, quer extrajudicial. Em outras palavras, a conciliação via ao acordo tão-somente para pôr fim à demanda, pois as partes se conscientizam de que o acordo evitaria futuros problemas entre elas.

Confundem-se muito os institutos da conciliação e da mediação, muitas vezes considerados sinônimos, pois ainda há muito desconhecimento sobre as características particulares de cada um deles. Grunspun (2000, p. 34) diferencia:

Ambos são meios extrajudiciais de resolução de conflitos que utilizam terceiros imparciais. Na conciliação, esses terceiros conduzem o processo na direção do acordo, opinando e propondo soluções. Na conciliação o terceiro, imparcial, pode usar de seus conhecimentos profissionais, nas opiniões que emite. O juiz sabe que foi o acordo possível e homologa o acordo pretendido, mas nas propostas e no direcionamento do acordo, o poder, a autoridade e o domínio aparecem e por isso se mantêm entre as partes separadas mais ressentimento e idéias de vingança e novos conflitos judiciais voltam às cortes. Na mediação, o terceiro, imparcial, não opina, não sugere nem decide pelas partes. O mediador está proibido por seu código de ética de usar seus conhecimentos profissionais especializados como os advogados ou psicólogo, por exemplo, para influir na decisão. A mediação, além do acordo, visa à melhora das relações entre os pais separados e a comunicação em benefício dos filhos.

Registra-se que as principais distinções da conciliação e mediação estão na figura do terceiro imparcial, que no primeiro caso opina usando seus conhecimentos profissionais e tenta dar soluções ao conflito, e no segundo caso está proibido de usar seus conhecimentos profissionais para influir a decisão, além de visar à melhoria da comunicação e da relação entre as partes.

A seguir, outro meio alternativo de conflito, a arbitragem.

2.1.2 Arbitragem

Um meio alternativo para a resolução de conflitos de forma pacífica é a arbitragem, que vem sendo utilizada no Brasil desde a colonização portuguesa e que somente nos anos 90, com o anteprojeto de n. 78, aprovado no dia 23 de setembro de 1996, tornou-se a Lei n. 9.307/96, mais conhecida como Lei Marco Maciel (MARCHETTO; PASSARI, 2009).

Composta por quarenta e quatro artigos, tal lei vem sendo utilizada como um sucedâneo da apreciação jurídica efetuada por um órgão imparcial do Estado, através da composição entre as partes da escolha de uma terceira pessoa, qual seja, o árbitro, a quem confiam a missão de resolver seus litígios.

Cabe enfatizar que quando as partes submetem a solução de seus conflitos ao juízo arbitral estão se comprometendo através da cláusula compromissória, que, conforme preceitua o art. 4º da Lei n. 9.307/96, “[...] é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato” (BRASIL, 1996).

Sobre o assunto, Santos (2004, p. 45) leciona:

Na celebração de um contrato, as partes podem ter a intenção de subtrair ao Poder Judiciário e entregar, ao árbitro, o poder de resolver os eventuais e futuros litígios oriundos de uma relação jurídica contratual. A esse tipo de cláusula, que estabelece a competência do árbitro quanto ao mérito de conflitos ainda não surgidos, atribui-se o nome de cláusula compromissória, também designada por Magalhães e Baptista como ‘pactum de comprometendo’.

Neste diapasão, leciona Roque (1997, p. 11) a respeito da definição de arbitragem:

É um sistema de solução pacífica de controvérsias nacionais e internacionais, rápida e discreta, quer de direito público quer de privado. Consiste na criação de um julgador não pertencente a jurisdição normal, escolhido pelas partes conflitantes, para dirimir divergências entre elas. É a escolha pelas partes de um juiz não togado, ou de um tribunal não constituído por magistrados, mas de advogados avulsos ou pessoas consideradas como capazes de conhecer e decidir uma questão prestes a ser submetida à Justiça.

Finalizando a análise doutrinária acerca da definição de arbitragem, Cretella Jr. (1988 apud VALÉRIO, 2004, p. 25) aduz:

O sistema especial de julgamento, com procedimento técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel para resolver a pendência, anuindo os litigantes a aceitar a decisão.

O caráter distintivo e basilar da arbitragem é de que além da escolha das partes acerca do árbitro, há também a escolha do direito aplicável, ou seja, os fundamentos jurídicos em que os árbitros irão fundamentar suas decisões, conforme preceitua o art. 2º da Lei n. 9.307/96:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio (BRASIL, 1996).

Segundo Valério (2004), além das características já citadas, deve-se destacar que a arbitragem é um instituto *sui generis*, possui naturezas contratual e jurisdicional, devendo existir um conflito atual ou potencial de interesses, que terá um sistema de julgamento especial, cuja decisão é obrigatória tendo a sentença força executória e vinculante.

Neste sentido, procurou-se analisar de maneira singular as principais questões abordadas sobre o instituto jurídico da arbitragem, tendo por base sua definição, bem como suas características essenciais e específicas como forma diversa de resolução de conflitos.

A seguir o objeto principal do presente estudo: a mediação.

2.3 MEDIAÇÃO

2.3.1 Conceito e Natureza Jurídica

A palavra mediação vem do latim *mediare*, que significa dividir ao meio, repartir em duas partes, sendo que a existência de seu instituto remonta os idos de 3000 a.C nas cidades-Estados da Grécia, Egito, Kheta, Assíria e Babilônia (CACHAPUZ, 2006).

A mediação é um meio alternativo de resolução de controvérsias, que vem sendo difundido no Brasil e no mundo pelos diversos benefícios oferecidos que visam, principalmente, atingir a satisfação dos interessados e as necessidades dos envolvidos nos conflitos.

Segundo a doutrina de Cachapuz (2006, p. 29):

A mediação, no Brasil, alicerça seus fundamentos básicos no princípio da soberania da vontade, propondo-se a uma reorganização e reformulação da situação geradora da controvérsia. A liberdade das partes procurarem o instituto, já produz a sua primeira tendência de resolução, pois partiu delas a idéia de rever a causa que veio provocar o desajuste, possibilitando a autodeterminação de cada indivíduo.

Para a Câmara Catarinense de Mediação e Arbitragem (SANTA CATARINA, 1998, p. 51):

A mediação é um processo, não-adversarial e voluntário de resolução de controvérsias, por intermédio do qual, duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, buscam obter uma solução consensual, que possibilite preservar relacionamento entre eles.

Acrescentam Sampaio e Braga Neto (2007, p. 19) sobre o assunto:

[...] a mediação é um método de resolução de controvérsias em que um terceiro independente e imparcial coordena reuniões conjuntas ou separadas com as partes envolvidas em conflito. E um de seus objetivos é estimular o diálogo cooperativo entre elas para que alcancem a solução das controvérsias em que estão envolvidas. Com esse método pacífico tenta-se propiciar momentos de criatividade para as partes possam analisar qual seria a melhor opção em face da relação existente, geradora da controvérsia.

Pode-se entender que a mediação é uma proposta de trabalho exercida por um terceiro imparcial e neutro, que deverá ser escolhido pelas partes, o chamado mediador, que oferece, segundo Vezzulla (2001), um ambiente propício para que os indivíduos envolvidos num conflito possam dialogar, assumindo uma conduta cooperativa e pacífica, auxiliando a descobrir os caminhos que podem conduzi-los à solução de seus problemas.

Tem por objetivo, conforme Cachapuz (2006), o reconhecimento do problema e o fato gerador da controvérsia, com a finalidade de buscar uma forma de solucionar ou transformar tal problema, que vise uma escolha intelectual das partes, através das técnicas do mediador, sem que nenhum dos envolvidos se considere culpado de alguma forma.

Recomenda-se que as partes envolvidas no processo de mediação tenham uma relação que se perdue no tempo e, conforme Calmon (2007, p. 122), “O que se quer, neste caso, é terminar com o conflito mas não com a relação, em que a solução heterocompositiva tornar-se-ia uma solução arriscada”, mantendo

para as partes o controle e a responsabilidade sobre o resultado do acordo na solução do conflito.

A resolução do conflito através do instituto da mediação se concretiza na elaboração conjunta do termo final, manifestando-se através de um contrato, redigido pelo mediador, que deverá expor todos os compromissos assumidos pelas partes na transformação do conflito.

A partir do exposto acima, afirma-se que a natureza jurídica da mediação é contratual, pois sustenta Cachapuz (2006, p. 35) que “[...] é firmada na soberania 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”.

Por fim, Braga Neto (1999 apud CACHAPUZ, 2006, p. 35) afirma sobre a natureza jurídica da mediação “[...] duas ou mais vontades orientadas para um fim comum de produzir conseqüências jurídicas, extinguindo ou criando direitos”, indo ao encontro de todas as características encontradas na constituição de um contrato.

2.3.2 Do Projeto de Lei n. 94/2002

Foi a partir de 1998 que iniciou o processo legislativo de tramitação na Câmara de Deputados do Projeto de Lei n. 4.827, de autoria da deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, que trata a mediação como um todo e reflete a simplicidade inerente à atividade de mediação, sendo composto por sete artigos (SAMPAIO; BRAGA NETO, 2007).

Porém, segundo o artigo jurídico de Frederico (2006, não paginado):

[...] o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) elaborou um projeto substitutivo (PLC 94/2002) apresentado pelo Senador Pedro Simon. Cabe observar que o Senador teceu diversas alterações posteriores na redação do projeto. O plenário do Senado Federal confirmou o texto substitutivo do Senador Pedro Simon, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça.

Sampaio e Braga Neto (2007, p. 122), lembram que “O plenário do Senado aprovou o novo texto, ampliando o conteúdo do texto original da deputada

Zulaiê Cobra Ribeiro de sete para quarenta e sete artigos. Hoje se encontra no plenário da câmara para aprovação”.

O Projeto de Lei está estruturado em seis capítulos, quais sejam: I - modalidades de mediação; II - dos mediadores; III - do registro dos mediadores e da fiscalização e controle da atividade de mediação; IV - da mediação prévia; V - da mediação incidental; e VI - disposições finais (BRASIL, 2002b).

A seguir, a análise do Projeto de Lei n. 94/2002, que institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos, feita pelo deputado Pedro Simon (BRASIL, 2006).

No Capítulo I, foi definida a atividade de mediação, e estabelecida suas modalidades em prévia ou incidental e judicial ou extrajudicial (art. 3º), assentando que ela será sempre sigilosa, salvo convenção das partes (art. 6º) e que o termo de transação lavrado pelo mediador e assinado por ele e pelos interessados poderá ser homologado pelo juiz e consistirá em título executivo judicial (art. 7º).

O capítulo II equipara os mediadores, quando no exercício de suas atribuições, aos funcionários públicos para fins penais (art. 12, *in fine*), e aos auxiliares da justiça, para todos os fins (art. 12), impondo-lhes os deveres de imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade (art. 13).

O Capítulo III trata do Registro de Mediadores, mantido pelos Tribunais de Justiça (art. 16), a quem caberá normatizar o processo de inscrição dos mediadores que atuarão no âmbito de sua jurisdição (art. 16, § 1º). Ademais, foi inserido disposição que impõe aos Tribunais de Justiça a sistematização dos dados dos mediadores e a sua publicação para fins estatísticos (art. 16, § 4º). Ainda, foram enumeradas as hipóteses de exclusão do Registro de Mediadores, e a cláusula de vedação de recadastramento do mediador excluído por conduta inadequada, em qualquer local do território nacional (art. 24, § 2º).

No Capítulo IV, acolhendo quase integralmente as propostas da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, do Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul e do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Universidade de Brasília, foi disciplinada a mediação prévia.

No Capítulo V contribuiu a solidez dos argumentos espostos nas sugestões da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e do Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul, no sentido de tornar

obrigatória a tentativa de mediação incidental. Neste sentido, a obrigatoriedade da mediação incidental pode ter o condão de estimular a auto-composição e desafogar as varas de primeira instância.

Por fim, o Capítulo VI traz as disposições finais, de caráter geral, estatuidando que a atividade do mediador será sempre remunerada e estabelecendo o prazo de 180 dias para os Tribunais de Justiça expedirem as normas regulamentadoras que viabilizem o início das atividades.

2.3.3 Principiologia aplicável à mediação

Toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem determinado campo do saber – no caso, a mediação –, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas (REALE, 2005).

As diversas doutrinas acerca da mediação classificam os principais princípios norteadores que conduzem este instituto em: imparcialidade, independência, competência, confidencialidade, diligência, voluntariedade, consentimento informado e poder das partes-autodeterminação.

A imparcialidade é entendida como o dever do mediador em procurar compreender a realidade dos mediados, sem que nenhum preconceito ou mesmo valores pessoais venham a interferir em sua intervenção (SAMPAIO; BRAGA NETO, 2007).

A independência faz-se referência ao mediador, uma vez impossibilitado de levar à frente o processo de mediação quando existam ligações anteriores com as partes. Quando há dúvidas salvaguardar as partes de qualquer informação que possa levá-las a desconfiar de sua conduta em face do processo, atitude que deve ser mantida ao longo de toda mediação (SAMPAIO; BRAGA NETO, 2007).

Chama-se competência o princípio em que o mediador cabe somente aceitar a tarefa de mediar quando tiver plena convicção se suas qualificações para

atender os mediados em seus questionamentos, preocupações e expectativas (SAMPAIO; BRAGA NETO, 2007).

A confidencialidade significa que tudo que será exposto durante a mediação seja mantido sob o necessário sigilo, não podendo fazer uso deles para proveito próprio ou de outrem, entre os mediados e mediadores (CACHAPUZ, 2006).

Sobre a diligência deverá o mediador, segundo Sampaio e Braga Neto (2007, p. 37), “[...] desenvolver seu trabalho de maneira consciente, prudente e eficaz, assegurando todas as informações aos mediados, bem como as regras inerentes”.

O princípio da voluntariedade significa que as partes exercem o direito de participarem livremente no processo de mediação, podendo retirar-se da mediação a qualquer momento (CALMON, 2007).

O consentimento informado, segundo Calmon (2007, p. 122):

[...] afirma o direito de as partes obterem informações sobre o processo de mediação e, quando resulta necessário, acerca de seus direitos legais, opções e recursos relevantes, antes de participar da mediação, consenti-la ou aprovar os termos do acordo ali alcançados.

O poder das partes/autodeterminação é o princípio em que as partes em disputa têm a faculdade, o direito e o poder de definir, determinar e solucionar seus conflitos e decidirem os termos do acordo celebrado (CALMON, 2007).

2.3.4 Mediador: seu papel e função

O mediador, segundo o Código de Ética para Mediadores da Câmara Catarinense de Mediação e Arbitragem (SANTA CATARINA, 1998, p. 43), é:

[...] um terceiro imparcial que, por meio de uma série de procedimentos próprios, auxilia as partes a identificar os seus conflitos e interesses, e a construir, em conjunto, alternativas de solução, visando o consenso e a realização do acordo. O Mediador deve proceder, no desempenho de suas funções, preservando os princípios éticos.

Trata-se de um profissional com formação e conhecimentos para ser a terceira pessoa, neutra, podendo ser psicólogo, médico, advogado entre outros, muitas vezes trabalhando em equipe, que buscam auxiliar as pessoas para negociar suas resoluções próprias para seus conflitos (GRUNSPUN, 2000).

O mediador tem a função de estimular as partes envolvidas em conflitos a identificarem e exporem seus sentimentos, buscando localizar a divergência que gerou o conflito e prover soluções que satisfaçam os interesses fundamentais de todas as partes envolvidas.

Sob este enfoque, aduz Warat (2001, p. 87):

O mediador tem como função tentar recolocar o conflito no terreno das pulsões de vida. Ele tem que retirar o conflito do espaço negro das pulsões destrutivas (um território ao qual não escapa o Direito, suas normas e procedimentos de coerção e vingança). Ele tem que tentar 'efetivar' o conflito, inscrevendo o amor, entre as pulsões destrutivas e no conflito; o amor no meio do poder, no meio da dependência e da dominação. As intervenções mediadoras adquirem incalculável importância no exame dos modos em que efetuam seu processo de aplicação, escuta, interpretação e transferência, o que não é o mesmo que falar em neutralidade do mediador.

O terceiro imparcial é um modelador de idéias que, como salienta Calmon (2007), mostrará o sentido da realidade necessário para atingir o acordo conveniente, e se vale de técnicas próprias e com habilidade escuta as partes para que cheguem à sua própria resolução de conflito sem expressar sua própria opinião, regra importante para o mediador.

O mediador desempenhará um papel de líder perante os mediados, coordenando o processo e transmitindo às partes um conjunto de valores de grande importância para o bom andamento do mesmo, ou seja, confiança, lealdade, serenidade, cooperação, respeito e não violência. Serve, ainda, como agente transformador e facilitador do processo, atuando na comunicação, ampliação dos recursos e explorando os problemas dos mediados (SAMPAIO; BRAGA NETO, 2007).

Leciona Vezzulla (2001, p. 48) sobre o assunto:

O papel do mediador na sociedade é o de restabelecer a harmonia na medida que respeita, escuta e sustenta cada uma das partes envolvidas no conflito, levando-se assim que elas se respeitem, se escutem e possam recuperar o relacionamento em que ambos conheciam e respeitavam.

Para desempenhar seu cargo da melhor maneira possível, o mediador deve se portar, segundo Calmon (2007), com neutralidade, flexibilidade, capacitação, perseverança, honestidade, objetividade, capacidade para se distanciar de ataques, persuasão, energia, imaginação, sensibilidade, empatia, paciência e inteligência, além de ser digno de confiança e ter senso de humor.

Ainda, a imparcialidade é o fator indispensável na conduta do mediador, que realmente precisará manter-se eqüidistante dos interessados e das necessidades dos mediados, sob risco de não poder ajudá-los. Os valores pessoais do mediador, seus conceitos e crenças não deverão interferir nos dos mediados e também tomar partido ou razão a nenhuma das partes envolvidas (CEZAR-FERREIRA, 2004).

Enfim, o mediador se mostra como terceiro neutro e imparcial, de conduta ilibada e com entendimento técnico ou conhecimento prático apropriado à natureza da divergência, escolhido pelas partes interessadas, que as escuta, orienta e estimula, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.

2.3.5 Tipos de Mediação

Conforme o Projeto de Lei da Câmara n. 94/2002, que institucionaliza e disciplina a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos, existem dois tipos de mediação: a chamada mediação prévia e a mediação incidental (BRASIL, 2002b).

A mediação prévia está prevista do art. 29 ao 33, e conforme Sampaio e Braga Neto (2007, p. 130) “[...] é aquela realizada quando inexistente processo judicial”. Salienta-se que o requerimento de mediação prévia interrompe a prescrição e deverá ser concluído no prazo máximo de 90 dias (art. 29, parágrafo único) (BRASIL, 2002b).

Poderá ser judicial ou extrajudicial (art. 29) e optando o interessado pela judicial, representado por advogado habilitado, apresentará seu pedido através de formulário padronizado ao Poder Judiciário, requerendo a realização da mediação prévia (art. 30).

Distribuído e recebido o requerimento ao mediador, este designará dia, hora e local onde realizará a sessão de mediação, dando ciência aos interessados por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação (art. 30, §§ 1º e 2º). E deverá conter, conforme o art. 30, § 3º, do referido projeto:

[...] a recomendação de que deverá comparecer à sessão acompanhado de advogado, quando a presença deste for indispensável. Neste caso, não tendo o requerido constituído advogado, o mediador solicitará à Defensoria Pública ou, na falta desta, à Ordem dos Advogados do Brasil a designação de advogado dativo. Na impossibilidade de pronto atendimento à solicitação, o mediador imediatamente remarcará a sessão, deixando os interessados já cientificados da nova data e da indispensabilidade dos advogados (BRASIL, 2002b).

E ainda, não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação (art. 30, § 5º).

Obtido ou não o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação, descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do mesmo ou consignando a sua impossibilidade e devolverá o requerimento ao distribuidor, acompanhado do termo de mediação, para as devidas anotações (art. 31, *caput* e parágrafo único), podendo ser homologado o acordo judicialmente, transformando-se em título executivo extrajudicial (BRASIL, 2002b).

A mediação prévia extrajudicial, a critério dos interessados, ficará a cargo de mediador independente ou daquele ligado à instituição especializada em mediação (art. 32).

Em razão da natureza e complexidade do conflito, o mediador judicial ou extrajudicial, a seu critério ou a pedido de qualquer das partes, prestará seus serviços em regime de co-mediação com profissional especializado em outra área que guarde afinidade com a natureza do conflito (art. 33).

A mediação incidental está prevista do art. 34 ao 40, e será obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos: na ação de interdição, quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis, na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil; no inventário e no arrolamento; nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel; na ação de retificação de registro público; quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem; na ação cautelar; quando na mediação prévia, realizada na forma da seção anterior, tiver ocorrido sem

acordo nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação (art. 34, incisos I a IX) (BRASIL, 2002b).

A mediação deverá ser realizada no prazo máximo de 90 dias e, não sendo alcançado o acordo, dar-se-á continuidade ao processo (art. 34, parágrafo único).

A distribuição da petição inicial ao juízo interrompe a prescrição, induz litispendência e produz os demais efeitos previstos no art. 263 do Código de Processo Civil:

Art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no Art. 219 depois que for validamente citado (BRASIL, 1973).

Havendo pedido de liminar, a mediação terá curso após a respectiva decisão e a interposição de recurso contra a decisão liminar não prejudica o processo de mediação (art. 35, §§ 1º e 2º) (BRASIL, 2002b).

A designação inicial será de um mediador, judicial ou extrajudicial, a quem será remetida cópia dos autos do processo judicial, salientando que as partes, de comum acordo, poderão escolher outro mediador (art. 36, *caput* e parágrafo único).

Conforme art. 37 e parágrafos do Projeto de Lei n. 94/2002:

Art. 37. Cabe ao mediador intimar as partes por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação, designando dia, hora e local para seu comparecimento.

§ 1º A intimação deverá conter a recomendação de que as partes deverão se fazer acompanhar de advogados, quando indispensável à assistência judiciária.

§ 2º Se o requerido não tiver sido citado no processo judicial, a intimação para a sessão de mediação constitui-lo-á em mora, tornando prevento o juízo, induzindo litispendência, fazendo litigiosa a coisa e interrompendo a prescrição.

§ 3º Se qualquer das partes não tiver advogado constituído nos autos do processo judicial, o mediador procederá de acordo com o disposto na parte final do § 3º do art. 30.

§ 4º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação (BRASIL, 2002b).

Salienta-se que a 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 resultado em acordo ou conciliação. Ainda, o valor pago a títulos de honorários do mediador, na forma do art. 19 do Código de Processo Civil, será abatido das despesas do processo (art. 38, *caput* e parágrafo único) (BRASIL, 2002b).

Obtido ou frustrado o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do acordo ou consignando sua impossibilidade, que devolverá a petição inicial ao juiz da causa, acompanhada do termo, que havendo acordo e preenchida as formalidades legais, o juiz da causa homologará o acordo por sentença e se estiver em grau de recurso, a homologação do mesmo caberá ao relator ou frustrada a transação, providenciará a retomada do processo judicial (arts. 39 e 40) (BRASIL, 2002b).

2.4 PROCEDIMENTO

O procedimento de mediação é o conjunto de etapas ou fases e atos neles praticados, com vistas a atingir a autocomposição, sendo o mediador o principal elemento e condutor das sessões de mediação que visam solucionar a lide sociológica, atendendo aos interesses genuínos das partes, e facilitar a continuidade da relação (CALMON, 2007).

Inicia-se o processo de mediação com a pré-mediação. É o primeiro contato entre os mediados e o mediador, que apresentará a minuta de contrato de prestação de serviços, bem como o modo que realizará o processo de mediação e tomará os dados das partes. Para Sampaio e Braga Neto (2007, p. 45) “[...] é um momento importante para o nascimento da confiança no processo e para a posterior transferência dessa confiança para o mediador”.

Após, há a chamada abertura, em que, conforme Cezar-Ferreira (2004, p. 149), “[...] o mediador fala sobre o processo de mediação, seus objetivos e regras; fala sobre seu papel profissional, faz a escuta das pretensões e fecha o contrato”.

A investigação é a terceira etapa da mediação, que se traduz, nos ensinamentos de Cachapuz (2006, p. 48):

[...] na escuta das partes para a coleta de dados sobre a natureza da disputa, a fim de que o mediador possa compreender a razão do conflito e chegar a um diagnóstico. É importante esclarecer que, na maioria dos casos, tal diagnóstico não é encontrado na primeira sessão que, na realidade, serve mais para dar início a uma simbiose de harmonia e confiança a ser gerado pelo mediador.

Identificado e esclarecido o objeto principal do conflito, com todos os seus elementos e motivações, nasce a abertura da agenda, momento em que se inicia o ambiente de objetivação do processo, no qual as partes e o mediador devem começar a pensar sobre o futuro e marca também o rumo do trabalho, definindo as prioridades de cada um dos temas identificados no conflito (SAMPAIO; BRAGA NETO, 2007).

Para cada tema identificado na agenda, cria-se um leque de opções para solucionar o conflito e cabem as partes definir a prioridade de cada tema, sendo que o mediador auxiliará na pesagem desses valores, sempre buscando o consenso baseado no pressuposto das motivações das partes (SAMPAIO; BRAGA NETO, 2007).

A resolução do conflito é o momento final do processo, e para cada ponto acordado, contemplando todas as controvérsias analisadas nas sessões de mediação, o mediador redigirá o acordo em linguagem clara e simples, em três vias que todos assinarão, das quais uma ficará com o mediador e as demais para cada um dos mediados (CEZAR-FERREIRA, 2004).

Após, os mediados levarão o termo de acordo para seus advogados ou advogado único, para que seja feita a redação em termos jurídicos e este será levado à homologação judicial.

No próximo capítulo tratar-se-á do direito de família no século XXI, bem como os principais casos de conflitos familiares, sendo estes: a separação, divórcio e suas dimensões legais na guarda, alimentos e partilha de bens e as causas geradoras dos mesmos.

3 DO DIREITO DE FAMÍLIA

3.1 DO DIREITO DE FAMÍLIA NO SÉCULO XXI

A sociedade na vigência do Código Civil de 1916 era eminentemente rural e patriarcal, a mulher se dedicava aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia os mesmos direitos dos homens e estes eram considerados os chefes na sociedade conjugal (VENOSA, 2007).

O Estado era influenciado pela Igreja, assimilando esta relação nas legislações com maior ou menor âmbito. Manteve-se a indissolubilidade do vínculo do casamento, incapacidade da mulher e a distinção legal de filiação legítima e ilegítima (VENOSA, 2007).

Foi a partir da metade do século XX, que, segundo Venosa (2007, p. 15):

[...] o legislador foi vencendo barreiras e resistências, atribuindo direitos aos filhos ilegítimos e tornando a mulher plenamente capaz, até o ponto culminante que representou a Constituição de 1988, que não mais distingue a origem da filiação, equiparando os direitos dos filhos, nem mais considera a preponderância do varão na sociedade conjugal. A lei n.º 4.121, de 27-8-62, Estatuto da Mulher Casada, que eliminou a incapacidade relativa da mulher casada, inaugura entre nós a era da igualdade entre os cônjuges, sem que, naquele momento, a organização familiar deixasse de ser preponderantemente patriarcal, pois muitas prerrogativas foram mantidas com o varão.

Após uma grande batalha legislativa, foi aprovado o divórcio e hoje o desafio é outro, eis que o legislador encontra desafios acerca das inovações tecnológicas e científicas acerca da clonagem, células tronco, úteros de aluguel, etc e os cidadãos esperam respostas mais rápidas do Direito (VENOSA, 2007).

O direito de família é um ramo do direito civil e segundo Diniz (2004, p. 3) é:

[...] o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela. Abrange esse conceito, lapidarmente, todos os institutos do direito de família, regulados pelo novo Código Civil nos arts. 1.511 a 1.783.

A família se apresenta, portanto, nos ensinamentos de Rodrigues (2004, p. 6), “[...] como instituição que surge e se desenvolve no conúbio entre o homem e a mulher e que vai merecer a mais deliberada proteção do Estado, o qual nela vê a célula básica de sua organização social”.

Isto posto, dentro do direito de família o interesse do Estado é maior que o individual, situando-se mais perto do direito público que do privado, sendo suas normas de ordem pública, insuscetíveis de ser derogadas pela convenção entre particulares, e só excepcionalmente, em matéria de regime de bens, deixa o código margem à autonomia da vontade (RODRIGUES, 2004).

Leciona Diniz (2004, p. 26) ser o direito de família “[...] um direito extrapatrimonial, portanto personalíssimo, é irrenunciável, intransmissível, não admitindo condição ou termo ou o seu exercício por meio de procurador”.

3.2 DOS CONFLITOS FAMILIARES

3.2.1 Separação

Conforme ensina Diniz (2004, p. 260), “A separação judicial é causa de dissolução da sociedade conjugal (CC, art. 1.157, III), não rompendo o vínculo matrimonial, de maneira que nenhum dos consortes poderá convolar novas núpcias”.

Duas são as espécies de separação judicial, a primeira é a consensual ou mútuo consentimento, em que os cônjuges em comum acordo decidem por termo a sociedade conjugal a qual convencionam e condicionam as cláusulas da avença, manifestando-se apenas o desejo de se separar, não necessitando declarar as razões que os impelem (RODRIGUES, 2004).

Além do mútuo consentimento como requisito, é indispensável que os separandos estejam casados a mais de um ano, conforme denota o art. 1.574 do Código Civil de 2002. Esta medida visa evitar precipitações haja vista que os primeiros anos de casamento são os mais difíceis de conviver (RODRIGUES, 2004).

Afirma Diniz (2004, p. 262) que “O procedimento judicial da separação consensual de requerimento conjunto é muito simples, bastando a observância do disposto no Código de Processo Civil, arts. 1.120 a 1.124, sob pena de nulidade”.

A segunda é a separação litigiosa ou não-consensual, é requerida por um dos cônjuges, a qualquer tempo, presentes as hipóteses legais, que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum (DINIZ, 2004).

Ter-se-ão três espécies de separação não-consensual, que são, nos ensinamentos de Diniz (2004, p. 269):

Separção litigiosa como sanção, que se dá quando um dos consortes imputar ao outro qualquer ato que importe em grave violação dos deveres matrimoniais e torne insuportável a vida em comum (CC, arts. 1.572 e 1.573, I a VI).

[...]

Separção litigiosa como falência (CC, art. 1.572, § 1º), que se efetiva quando qualquer dos cônjuges provasse a ruptura da vida em comum há mais de 1 ano e a impossibilidade de sua reconstituição, não importando a razão da ruptura, sendo, ainda, irrelevante saber qual dos consortes foi culpado pela separação, legalizando tão-somente uma separação de fato.

[...]

Separção litigiosa como remédio, ocorre quando o cônjuge a pede ante o fato de estar o outro acometido de grave doença mental, manifestada após o matrimônio, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após a duração de 2 anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável (CC, art. 1.572, § 2º).

O remédio jurídico a ser aplicado nestes casos é a ação de separação litigiosa, que conforme Diniz (2004, p. 277):

[...] obedece ao rito ordinário, e somente poderá ser proposta pelo cônjuge (ou pelo seu representante, se incapaz) que não lhe deu causa, com base nas circunstâncias previstas em lei, que autorizam essa separação, cabendo-lhe o ônus da prova; mas nada impede que as partes a qualquer tempo, no curso da separação litigiosa, requeiram sua conversão em separação consensual (CPC, art. 1.123). O foro competente para sua propositura é o do domicílio da mulher (art. 100, I do CPC com a redação da Lei n. 6.515/77, art. 52). A sentença só deverá decretar a dissolução da sociedade conjugal se o juiz reconhecer a culpabilidade do réu ou de ambas as partes. Caso contrário deverá o magistrado julgar improcedente a ação. Com a rejeição da ação, as partes não poderão renová-la pelos motivos alegados, mas somente por fatos supervenientes. Compete ao órgão julgante deliberar a partilha de bens, observando as normas alusivas às partilhas judiciais (CC, art. 1.575, parágrafo único).

A separação judicial litigiosa produz efeitos em relação à pessoa dos cônjuges, aos filhos e aos bens, que variam conforme a decisão do juiz, dentro dos

termos legais e na separação judicial consensual as partes envolvidas conformam-se as condições ajustadas entre o próprio casal (DINIZ, 2004).

Ainda lembra-se que com a Lei n. 11.441/07 foi introduzida no nosso ordenamento jurídico a forma extrajudicial para a realização de separação quando consensual e não havendo filhos menores ou incapazes por escritura pública (BRASIL, 1973).

3.2.2 Divórcio

O divórcio no Brasil surgiu após uma árdua batalha sustentada basicamente pela Igreja, que erige o casamento em sacramento e faz da família o principal vínculo de perpetuidade, que veio ser admitido pela promulgação da Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, dando nova redação ao § 1º do art. 175 da Constituição Federal de 1967, sendo promulgada a Lei n. 6.515/77, com algumas modificações (VENOSA, 2007).

Nos ensinamentos de Diniz (2004, p. 295), “O divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, extinção do vínculo matrimonial (CC, art. 1.571, IV e § 1º), que se opera mediante sentença judicial, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias”.

Há duas modalidades de divórcio, o divórcio-sanção, que resulta de processo litigioso e imputa fato culposo ao outro cônjuge e o divórcio-remédio, apontado para aqueles que concordam com o divórcio, podendo os dois ser indireto ou direto (VENOSA, 2007).

O divórcio indireto pode ser consensual ou litigioso, o consensual resulta do livre consentimento do casal, que já se encontra separado judicialmente, com sentença definitiva e partilha de bens, pretendendo apenas a conversão em divórcio (DINIZ, 2004).

O litigioso, conforme Diniz (2004, p. 297):

[...] é obtido mediante uma sentença judicial proferida em processo de jurisdição contenciosa, onde um dos consortes, judicialmente separado a mais de um ano, havendo dissenso ou recusa do outro em consentir no divórcio, pede ao magistrado que converta a separação judicial (consensual

ou litigiosa) em divórcio, pondo fim ao matrimônio e aos efeitos que produzia.

O divórcio direto poderá ser consensual ou litigioso e se distingue do indireto pela regra básica do art. 1.580, § 2º que denota que “O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos” (BRASIL, 2002a).

Nos ensinamentos de Diniz (2004, p. 301), “Com isso a separação de fato, ou seja, a cessação da vida em comum dos consortes, sem intervenção judicial, passou a ter, por tais razões, certa relevância em nosso direito, produzindo o efeito jurídico de ser pré-requisito do divórcio”.

A sentença judicial de divórcio, depois de registrada no Registro Público competente, produz os seguintes efeitos: dissolve o vínculo matrimonial definitivamente, põe fim aos deveres recíprocos dos cônjuges, extingue o regime matrimonial de bens, cessa o direito sucessório, possibilita convolar novas núpcias e não admite reconciliação (DINIZ, 2004).

Lembra-se, ainda, que com a Lei n. 11.441/07 foi introduzida em nosso ordenamento jurídico a forma extrajudicial para a realização de divórcio por escritura pública quando consensual e não havendo filhos menores ou incapazes (BRASIL, 1973).

3.2.3 Dimensão legal da separação e divórcio

3.2.3.1 Guarda

Os filhos quando menores necessitam de um ente humano, de quem os criem, eduque e tenha a regência de sua pessoa e seus bens. As pessoas naturalmente indicadas para realizar esta função são os pais, a quem confere a lei, em princípio, esse ministério, organizando-o no instituto do poder familiar (GOMES, 2001).

Segundo Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 21):

[...] o 'Poder Familiar', conforme a denominação dada pelo novo Código Civil, é o misto de poder e dever imposto pelo Estado a ambos os pais, em igualdade de condições, direcionado ao interesse do filho menor de idade não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para mantê-lo, protegê-lo e educá-lo.

A proteção da pessoa dos filhos na dissolução da sociedade conjugal através da separação ou divórcio está prevista no Código Civil de 2002 nas situações dos arts. 1.583 a 1.590 (VENOSA, 2007).

Na separação e no divórcio por mútuo consentimento devem os cônjuges dispor acerca da guarda, criação, educação e subsistência dos filhos menores ou inválidos, descrevendo as formas de convivência minuciosamente (VENOSA, 2007).

No caso de separação litigiosa, Gomes (2001, p. 392) explica que:

[...] os filhos ficam em poder da mãe, sejam do sexo feminino, sejam do masculino, havendo culpa recíproca, a não ser que o juiz julgue inconveniente para os menores outra solução. Havendo culpa de um dos cônjuges devem ficar com o outro. Se já viviam separados de fato, continuam na companhia do cônjuge com o qual estavam, passando ao poder e à guarda, de direito, deste. No caso de separação por doença mental de um dos cônjuges, devem ficar logicamente com o cônjuge são. Estas regras aplicam-se ao *divórcio* e *anulação* de casamento.

A guarda poderá ser unilateral ou compartilhada. A unilateral é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e que revele melhores condições para exercê-la e propiciar afeto, saúde, segurança e educação, sendo que o pai ou a mãe que o detenha supervisione os interesses dos filhos (art. 1.583, § 1º, § 2º, I, II, III e § 3º, do Código Civil) (BRASIL, 2002a).

A guarda compartilhada segundo o art. 1.583, § 1º do Código Civil é a “[...] responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns” (BRASIL, 2002a).

3.2.3.2 Alimentos

Segundo Gomes (1978 apud DINIZ, 2004, p. 495), os alimentos “[...] são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por

si”. Compreendendo o que é indispensável á vida como vestuário, habitação, alimentação, instrução e educação em caso de menores, diversão, tratamento médico e ainda parcelas despendidas no sepultamento a quem legalmente é responsável pelos alimentos (DINIZ, 2004).

O instituto dos alimentos tem caráter assistencial, sendo marcado pelo direito de exigi-los e na obrigação de prestá-los, consistem as regras de ordem pública e, por conseguinte, inderrogáveis por convenção entre particulares, de modo que não se pode renunciar ao direito ou suspender sua aplicação (RODRIGUES, 2004).

Sua titularidade é personalíssima, isto é, não se transfere a outrem, preservando-se a vida do necessitado e o seu pagamento é sempre bom e perfeito haja vista que não há direito a repetição dos alimentos já pagos, tanto os provisionais como os definitivos (VENOSA, 2007).

As obrigações alimentares não se compensam, bem como não podem ser penhoradas e seu direito é imprescritível, podendo a qualquer momento, na vida da pessoa, possa esta vir a necessitar de alimentos (VENOSA, 2007).

A pensão alimentícia é variável de acordo com as circunstâncias dos envolvidos na época do pagamento, o qual deve ser periódico e pode ser divisível entre os vários parentes (VENOSA, 2007).

Leciona Diniz (2004, p. 496) sobre o instituto dos alimentos:

O fundamento desta obrigação de prestar alimentos é o princípio da preservação da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1, III) e o da solidariedade familiar, pois vem a ser um dever personalíssimo, devido pelo alimentante, em razão de parentesco que o liga ao alimentante. Assim, na obrigação alimentar um parente fornece ao outro aquilo que lhe é necessário a sua manutenção, assegurando-lhe meios de subsistência, se ele, em virtude da idade avançada, doença, falta de trabalho ou qualquer incapacidade, estiver impossibilitado de produzir recursos materiais com o próprio esforço.

De acordo com o art. 1.695 do Código Civil de 2002, “São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, á própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento” (BRASIL, 2002a).

Este dispositivo registra o princípio basilar da obrigação de alimentar pelo qual, segundo o art. 1.694, §1º, “Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada” (BRASIL, 2002a).

As pessoas obrigadas a prestar alimentos são aquelas decorrentes do direito de família, contemplando os parentes, cônjuges ou companheiros conforme preceitua o art. 1.694 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002a).

O reclamante de alimentos são os filhos menores, eis que é o dever de os pais proverem a subsistência e educação destes, os parentes incluindo pais e irmãos, carentes de meios econômicos, os filhos maiores até o momento em que o mesmo complete os estudos superiores ou profissionalizantes, com idade razoável, e possa prover a própria subsistência e aos cônjuges e companheiros quem se devem mútua assistência (VENOSA, 2007).

Para garantir o adimplemento da obrigação de alimentar, o meio técnico de reclamá-los é a ação de alimentos, que pode ser pelo procedimento ordinário, que permite a formulação de pedido cautelar, incidente ou antecedente e tutela antecipada de alimentos provisionais, que consiste, conforme Rodrigues (2004, p. 391):

[...] por prestação reclamada por um dos litigantes contra o outro, como preliminar em medida cautelar (incidente ou antecedente) nas ações de separação judicial, de divórcio, de anulação ou nulidade de casamento, de investigação de paternidade e de alimentos. Tais alimentos destinam-se a custear o feito e a manutenção do alimentário, durante a demanda.

Ou pelo procedimento sumário, estabelecido pela Lei n. 5.478/68 que permite a fixação desde logo de alimentos provisórios, além de concentrar os atos em audiência de tentativa de conciliação, instrução e julgamento (RODRIGUES, 2004).

3.2.3.3 Partilha de bens

Segundo Diniz (2004, p. 145):

[...] uma vez realizado o matrimônio, surgem direitos e obrigações em relação à pessoa e aos bens patrimoniais dos cônjuges. A essência das relações econômicas entre consortes reside, indubitavelmente, no regime matrimonial de bens, que está submetido a normas especiais disciplinadoras de seus efeitos.

O legislador brasileiro propõe quatro regimes de bens no casamento, quais sejam: comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, participação final nos aquestos e da separação de bens (BRASIL, 2002a).

Na comunhão parcial de bens, conforme os ensinamentos de Rodrigues (2004, p. 178), “Excluem da comunhão os bens que os cônjuges possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, e entram na comunhão os bens adquiridos posteriormente, em regra, a título oneroso”.

Excluem-se da comunhão, segundo o art. 1.659 do Código Civil de 2002:

[...]

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III - as obrigações anteriores ao casamento;

IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes (BRASIL, 2002a).

E entram na comunhão, conforme o art. 1.660 do Código Civil de 2002:

[...]

I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão (BRASIL, 2002a).

No regime da comunhão universal de bens, segundo Rodrigues (2004, p. 185) “[...] importa na comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, bem como de suas dívidas passivas”.

São excluídos da comunhão universal de bens, segundo o art. 1.668 do Código Civil de 2002:

[...]

I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659 (BRASIL, 2002a).

No regime de participação final nos aquestos cada cônjuge possui patrimônio próprio, que são os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento (arts. 1.672 e 1.673 do Código Civil de 2002) (BRASIL, 2002a).

Excluem-se da soma dos patrimônios próprios, conforme o art. 1.674 do Código Civil de 2002:

[...]

I - os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram;

II - os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;

III - as dívidas relativas a esses bens.

Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis (BRASIL, 2002a).

Quanto ao regime da separação de bens, anota Venosa (2006, p. 328) que “[...] é a completa distinção de patrimônios dos dois cônjuges, não se comunicando os frutos e aquisições e permanecendo cada qual na propriedade, posse e administração de seus bens”.

3.3 DAS CAUSAS GERADORAS DOS CONFLITOS

Sobre a definição de conflito, Boulding (1962 apud CACHAPUZ, 2006, p.107) ensina como sendo “[...] 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 de outra”.

Acrescentam Pisani, Bisi, Rizzon e Nicoletto (1992, p. 190) ser o conflito:

[...] o estado psicológico decorrente da situação em que a pessoa é motiva, ao mesmo tempo, para dois comportamentos incompatíveis. O conflito nasce precisamente da necessidade de se fazer uma escolha, uma opção. A satisfação de um motivo leva automaticamente ao bloqueio e frustração do outro.

No direito de família, os conflitos podem nascer de diferentes situações e circunstâncias e se manifestam em maiores proporções nas relações conjugais, que envolvem e impulsionam as partes a comportamentos errados, oriundos especialmente dos instintos agredidos e de choques de opiniões sem a interferência da razão, tendo o sistema emocional das partes reciprocamente atingido (CACHAPUZ, 2006).

Segundo Cachapuz (2006, p. 113):

Mágoas vão aparecendo, ressentimentos que maculam o amor e a confiança. A atenção e a consideração, necessárias ao alimento do amor, vão sendo destruídas e o relacionamento vai se fragilizando. O indivíduo, então, não percebe que está autorizando o outro a dizer-lhe quem é, machucando-o e magoando-o, através da mensagem negativa enviada.

Cezar-Ferreira (2004, p. 97) aduz que “A maior dificuldade na solução das causas de família está em que os conflitos emocionais/relacionais entre os litigantes, freqüentemente, dão substrato à disputa. Os conflitos emocionais não elaborados da dupla parental tendem a comandar a ação”.

E ainda, a principal vítima, esclarece Cachapuz (2006, p. 114):

[...] é a família que começa a se desconstituir, apossando-se dos conflitos e utilizando-se da fuga ou do rompimento em vez de buscar as soluções mais adequadas, sem perceber que a solução de uma dificuldade é uma descoberta, ou melhor, uma vitória.

Os conflitos entre os entes de uma mesma família geram perturbações psicológicas e causam grande sofrimento e conseqüências inimagináveis, manifestadas através de alguns sintomas que veremos a seguir.

A depressão é uma das grandes causas geradoras de conflitos, que quando uma das partes é acometida de tal doença não conseguem coordenar sua vida e uma sociedade conjugal. Cachapuz (2006, p. 117) ensina que:

O rompimento da estrutura familiar vem alicerçado em modelos sociais, como o descumprimento de um projeto de vida, o fim dos sonhos, das esperanças. Geram, eles, uma sensação de fracasso onde nenhum dos

pares assume a responsabilidade, depositando no outro toda a causa pelo desajuste, levando, na grande maioria dos casos, à rejeição interpessoal, desencadeando um quadro de depressão.

Importante ressaltar que quando detectada a depressão, decorrente da excessiva carga emocional das partes envolvidas em conflitos familiares, devem ser encaminhados a profissionais da área, ao tratamento de enfermidades emocionais (CACHAPUZ, 2006).

Outra consequência é a questão da culpa, que está relacionada com as crianças e adolescentes, a saída do pai ou da mãe do convívio familiar é sempre abrupta, fazendo-os sentirem responsáveis pelos desentendimentos e pela separação. Podem ainda, começar a demonstrar dificuldades no desempenho escolar, apresentar problemas de saúde, disfunções comportamentais e tantos outros, com o objetivo não consciente de desviar a atenção dos pais daquele conflito (CEZAR-FERREIRA, 2004).

Ainda, por muitas vezes, as crianças devem decidir com quem ficar, se com o pai ou a mãe, que podem gerar um conflito de lealdade e dificultam a adaptação da criança na inovação e organização familiar, na qual não é mais uma família e sim duas, às quais ela pertence (CEZAR-FERREIRA, 2004).

Para Wallerstein e Kelly ([s/d] apud CEZAR-FERREIRA, 2004):

Nenhuma transição de vida é fácil e, no caso de separação, em especial, é impositivo que pai e mãe autorizem expressamente os filhos a continuar gostando do outro e não se separarem dele, para que a mudança no padrão de relação seja a menos traumática possível.

O medo é também um dos grandes desafios para os casais que se separam, é o medo do novo, do desconhecido, da rejeição, da perda, que podem causar um desconforto psíquico entre as partes envolvidas até se tornar insuportável a vida em comum e pode levar o relacionamento à destruição (CACHAPUZ, 2006).

Anota Cachapuz (2006, p. 122) que:

O medo provoca diversas reações que impedem a percepção da realidade, possibilitando a criação imaginativa de situações totalmente impossíveis. Uma atitude de medo também deixa o indivíduo nervoso e assustado, paralisando o seu controle mental e emocional, atingido seu físico, acelerando-lhe o ritmo cardíaco, elevando-lhe a pressão do sangue e reduzindo sua respiração.

Necessário ser enfrentado e curado o medo, para trazer um equilíbrio no comportamento interno e nas atitudes externas e discernir a verdade dos fatos dentro da esfera emocional e relacional (CACHAPUZ, 2006).

Outro problema existente num casal é a ausência de comunicação, que quando rompida sofre um abalo considerável no casamento que facilmente o levará a destruição. Ao entrar o casal em um conflito, a comunicação é o primeiro ponto a ser atingido, eis que o medo de enfrentar os problemas emocionais o diálogo se torna fonte de sofrimento (CACHAPUZ, 2006).

Segundo Cachapuz (2006, p. 128), “Observa-se que grande parte das pessoas não são capazes de expressar o que realmente sentem, por medo, timidez, insegurança... E se tornam atores de acordo com a peça que a vida circunstancialmente lhes possa apresentar”.

É necessário que quando os casais são acometidos de tais problemas, trazer o diálogo de volta na relação é a fonte para a resolução de suas dificuldades de relacionamento e se por fim chegarem a conclusão que o divórcio ou separação é o melhor caminho a se seguir, saber facilitar no término da relação conjugal.

No próximo capítulo tratar-se-á da mediação no contexto do direito de família, uma das áreas que demonstram os melhores benefícios da utilidade do instituto da mediação, uma vez que as relações parentais devem perdurar no tempo, bem como seus objetivos, finalidades e principalmente as ações mediadas e sua eficácia.

4 DA MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

4.1 DA MEDIAÇÃO FAMILIAR

A prática da mediação tem enfoques diferentes que dependerão da natureza dos conflitos e dos recursos de quem intervém como mediador, neste sentido, nenhuma área de conflito reflete melhor as vantagens e desvantagens da negociação de acordo, feita através da mediação, do que a familiar (SERPA, 1999).

Segundo Rosa (2008, não paginado):

Os conflitos familiares são caracterizados pela grande carga de emotividade que abarca as pessoas envolvidas e também pela necessidade da manutenção do vínculo entre os litigantes, nos casos de relacionamentos com filhos, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal.

Toda carga emotiva decorrente dos conflitos familiares, principalmente aqueles que tratam da dissolução da sociedade conjugal, podem provocar nos componentes de uma família não apenas um sofrimento momentâneo, mas sim duradouro, vindo a provocar prejuízos emocionais que podem se estender pela toda vida, sendo de fundamental importância a preservação da integridade psicológica dos integrantes da entidade familiar (ROSA, 2008).

Neste sentido desenvolve-se a mediação familiar, segundo Calmon (2007, p. 127), “[...] de forma autônoma e independente do contexto judiciário. Consiste em uma intervenção orientada a assistir as famílias na reorganização da relação familiar, em seguida ou em prevenção ao divórcio ou à separação”.

Segundo Diniz (2004, p. 314):

Seria um novo caminho, apontado por terceira pessoa (mediador), aceita pelas partes, para ouvi-las, de maneira que, consensualmente, venham a prevenir ou a solucionar o conflito familiar e resguardar o bem-estar de todos os envolvidos, principalmente, o melhor interesse da prole.

É oportuno registrar ainda que:

A mediação, onde vem sendo aplicada, tem se revelado no método mais eficiente e de soluções mais duradouras em questões familiares. Suas

técnicas de intervenção neutra trouxeram resposta a milhares de perguntas, principalmente a respeito da continuidade dos relacionamentos, seja adoção, transmissões necessárias, divórcio, ou conflito entre pais e filhos (SERPA, 1999, p. 18).

Sampaio e Braga Neto (2007) aduzem que o bom entendimento da atividade da mediação no direito de família, se dá com a intervenção de um terceiro independente, imparcial e alheio ao conflito, que proporcionará um momento de diálogo, em que a cooperação e o respeito são imprescindíveis para que os próprios autores busquem a solução e proporcionará a reflexão, o questionamento, com base em paradigmas distintos, sobretudo tendo como pressuposto o eixo referencial de que todos sairão ganhando com o conflito e sua resolução ou transformação.

4.1.1 Casos que não são mediados

O instituto da mediação busca resolver os conflitos de forma pacífica, através do diálogo entre as partes visando o seu acordo e devem demonstrar interesse de ver o seu problema solucionado. Porém não são todos os casos que podem ser mediados e nem todas as pessoas estão abertas a este tipo de resolução.

Os casos em que não é aconselhável a resolução dos conflitos familiares pelo instituto da mediação consistem, em um deles, nos casos de violência conjugal, em que a mulher agredida se torna tão atemorizada que não consegue expor suas opiniões e desejos no que concerne nos seus interesses individuais, vindo a necessitar de um advogado negocie por ela (CEZAR-FERREIRA, 2004).

Também, conforme Cezar-Ferreira (2004, p. 146):

Pessoas que sempre sentem que não estão sendo atendidas em suas reivindicações ou que se enraivecem e perdem o controle emocional quando não são atendidas em todos os seus desejos, também não podem ser mediadas. É, ainda, o caso de pessoas que depois de chegar a um acordo, não o confirmam, e querem mudar tudo. Esses casos acabam em litígio judicial e é preciso que um terceiro – o juiz – decida.

Além dos casos já citados, há também aquelas pessoas que não desejam se submeter ao instituto da mediação, que segundo Cezar-Ferreira (2004, p.146)

“[...] mesmo que a lei o imponha, a falta de colaboração das partes levará a tentativa a não ser bem-sucedida, o que determinará que o conflito de interesses continue a ser tratado pelas vias tradicionais.”

4.1.2 A interdisciplinaridade

A interdisciplinaridade é a inter-relação entre as diversas áreas do conhecimento científico, considerando suas finalidades e metodologias próprias para a estruturação de um conhecimento comum e exerce um papel de fundamental importância por integrar e proporcionar o diálogo dessas diversas áreas para interpretação da norma ou da doutrina jurídica (MONDARDO; ALVES; SANTOS, 2005).

Implica acreditar na fundamentalidade das interações entre os sistemas vivos, sejam eles humanos, sociais, familiares e jurídicos. É a interpenetração de diferentes conhecimentos, a inter-relação entre eles e a crença na possibilidade de construção de novas realidades (CEZAR-FERREIRA, 2004).

Segundo Caetano (2002, p. 112):

Há uma complexidade de ciências que importam ao estudo e prática da mediação, independentemente de seu modelo ou tipo. É indispensável a reunião dos que lidam com a mediação, indistintamente, para troca de idéias, informações e suas práticas, de maneira arejada e aberta, para incorporação desse aprendizado em seus trabalhos e evolução da mediação.

O instituto de mediação busca a resolução dos conflitos de forma não-adversarial, tendo o mediador como terceiro imparcial, este que auxilia ao longo do processo de diversas formas, dependendo de seu dever funcional, ou seja, os advogados, terapeutas, psicólogos e assistentes sociais atuam interdisciplinariamente, cada qual atuando em suas áreas distintas sempre com um único objetivo, resolver os conflitos familiares.

Os advogados como mediadores vêem o processo de mediação sob enfoque contratual e legal, e, segundo Cachapuz (2006, p. 63):

[...] são úteis para trazer às partes seus conhecimentos legais e as relativas vantagens dos acordos, dentro ou fora dos tribunais, apresentando jurisprudências e possibilidades, sem especulação. Pela sua formação jurídica, ajudam as partes na construção de normas que se possam aplicar ao caso.

Sendo assim, encontram dificuldades para lidar com as questões emocionais de seus clientes. Dornelles ([s/d] apud CACHAPUZ, 2006, p. 63) afirma que:

[...] aplicar a lei é fácil, entender de gente é um pouco mais complicado. Assim, o milênio que se inicia necessita de profissionais capazes de entender gente, de preocupar-se com o ser do conflito e não somente com o ser do direito. Sabemos que as duas grandes moedas do terceiro milênio são a cooperação e a qualificação e somente as teremos se tivermos gente trabalhando com gente, entendendo de gente, vivendo com gente, comunicando-se com gente e interagindo com gente.

Fala-se do mediador terapeuta e psicólogo, aquele que consegue identificar os problemas desencadeadores dos conflitos, ajudando a superar os malefícios encontrados e a encontrarem a aceitação do desfazimento da relação conjugal e familiar, ou até mesmo retornar a vida como novas propostas (CACHAPUZ, 2006).

Outro conhecimento que deve ser analisado é a assistência social, que, conforme Cachapuz (2006, p. 64), “[...] visualiza o indivíduo no âmbito de suas relações sociais, considerando que ele deve ser analisado em relação ao seu meio social e o seu desempenho de seu papel da sociedade”.

Orienta os indivíduos a resolver os conflitos familiares que surgirem para uma melhor condição de vida e o bom funcionamento das relações humanas, fator primordial para o estabelecimento de uma ordem social em equilíbrio (CACHAPUZ, 2006).

Neste sentido, os profissionais dedicados ao instituto da mediação no direito de família vêm de áreas diversas com formação superior, que aplicam seus conhecimentos e aptidões de maneira interdisciplinar, devendo encaminhar as partes envolvidas no conflito a uma nova expectativa de vida em equilíbrio.

Importante registrar a idéia muito criticada pelos profissionais interdisciplinares dedicados ao instituto da mediação, esposada pela OAB acerca da figura do terceiro imparcial, que defende a posição que somente o advogado possa

trabalhar como mediador de conflitos, podendo apenas ser assistido e apoiado por profissionais multidisciplinares (AIDAR, 2009).

4.2 DAS AÇÕES MEDIADAS

4.2.1 Da separação

O surgimento de uma separação, especialmente numa família com filhos, poderá causar uma crise de desequilíbrio emocional de seus membros e mudanças em sua dinâmica relacional (CEZAR-FERREIRA, 2004).

Experiências e estudos vêm confirmando que as relações familiares, particularmente entre pais e filhos, são fundamentais na estruturação familiar. Os filhos, quanto mais tenra idade, mais dependem dos pais para desenvolver-se biológica, psíquica e socialmente, de forma adequada (CEZAR-FERREIRA, 2004).

Diante disto, a separação não pode mais ser considerada apenas uma questão de lei, não envolve, tão-somente, uma discussão quanto a direitos e deveres, o compromisso da família, enquanto instituição jurídica, não é tão difícil de ser desfeito, difícil é restabelecer os prejuízos emocionais (CEZAR-FERREIRA, 2004).

A mediação surge como forma de tentativa de minimização de todo esse impacto da separação. Conforme Cachapuz (2006, p. 103):

Na mediação são enfocados os aspectos emocionais, legais, individualizando cada situação, levando as partes a resgatarem a comunicação, modificando, através de técnicas específicas, adversários em cooperadores, pois os vínculos familiares não se rompem e sim, se transformam.

O enfoque da mediação na separação não busca apenas o acordo, mas também como deve ser realizada a convivência entre os envolvidos, busca investigar o passado para resolver o presente com o intuito de permitir um futuro promissor. O vínculo conjugal termina, porém o parental deve permanecer para a melhor convivência entre pais e filhos (CACHAPUZ, 2006).

Sobre o assunto, Oliveira (1999 apud CACHAPUZ, 2006, p. 103) ensina:

[...] o vínculo marital é passível de dissolução, porém o vínculo parental deve ser mantido, e especialmente no divórcio aprendido a ser preservado, pois comumente estendem suas mágoas conjugais para a relação parental. Deste modo é infrutífero debater sobre a possibilidade dos separandos que nunca se entenderam como casal, a partir de uma sentença, entender-se-ão como pais.

Os filhos são os maiores prejudicados na ruptura do relacionamento marital, quando não há o devido acompanhamento na reestruturação familiar através da mediação. As disputas entre as partes de guarda, visitas, pensão de alimentos, irão focar a culpa um do outro, transferindo-se todo aquele sentimento de rancor e mágoa aos filhos que passam a ser marionetes nas mãos dos pais (CACHAPUZ, 2006).

A mediação conforme Cachapuz (2006, p. 104), “[...] busca despertar a responsabilidade dos pais para com os filhos, sem culpá-los, tendo em vista que estão totalmente fragilizados pela tensão em que se encontram, sem perceber os malefícios que estão causando”.

4.2.2 Do divórcio

O divórcio é uma experiência que poderá produzir situações que podem se tornar altamente lesivas aos cônjuges. A síndrome do perde e ganha abala a estrutura familiar e deixa enraizada que perder significa distância, morte, corte, um sentimento difícil de ser compreendido e aceito pelas partes (CACHAPUZ, 2006).

Segundo Cachapuz (2006, p. 105):

O mediador procura orientar os casais a substituírem suas convicções individuais do problema e assumirem uma definição que beneficie a ambos, para poderem voltar ao diálogo, porque no momento da crise acaba a cumplicidade, impossibilitando todo e qualquer tipo de comunicação.

Os casais no meio de uma crise de divórcio, com as emoções a flor da pele, não estão aptos a decidirem sobre o futuro dos componentes familiares. Dirigem-se ao Judiciário, através de uma dolorosa e longa batalha litigiosa, na

expectativa de ganhar, aumentando cada vez mais os sentimentos destrutivos. A solução pelas vias judiciais põe fim a relação jurídica, porém não a causa geradora (CACHAPUZ, 2006).

A mediação trabalha as bases da convivência familiar para o futuro relacionamento e prepara o campo para possíveis reajustes de acordo em face de novas circunstâncias. A habilidade de comunicação na área do sentimento e pensamento é aprimorada nas técnicas de mediação, que transforma e canaliza as idéias e os diálogos, que irá produzir resultados produtivos (SERPA, 1999).

Conforme Cachapuz (2006, p. 105), “Os conflitos de família melhor se adaptam à mediação, pois ela ataca as questões emocionais provocando mudanças paradigmáticas, devendo ser entendidas uma ‘cultura de humanização de vínculos’ e equilíbrio social”.

Cachapuz (2006, p. 106) indica ainda que:

Tendo em vista a ocorrência inegável do divórcio na sociedade atual, urge a necessidade de novos métodos de intervenção e prevenção, não que se contraponham ao Judiciário, mas auxiliando-o na solução dos conflitos. A mediação é um complemento ideal à Justiça com menor ônus financeiro e emocional.

O instituto da mediação quando utilizado nos casos de divórcio, é um infalível auxiliar na busca preventiva na resolução não adversarial de conflitos e procura enfatizar principalmente o diálogo entre os envolvidos e que as relações familiares são fundamentais no desenvolvimento saudável entre pais, mães e filhos.

4.2.3 Dimensão legal da separação e divórcio

4.2.3.1 Guarda

A formação de uma criança se inicia desde a sua concepção, com a interação entre os pais, possibilitando a formação de uma personalidade sadia e a construção de um ser humano equilibrado (CACHAPUZ, 2006).

Porém, esta realidade não está sempre presente no ambiente familiar e o que se pode constatar é que os números crescentes de separações e divórcios litigiosos trazem conseqüências inimagináveis nas pessoas dos filhos e conforme Cachapuz (2006, p. 140):

[...] os filhos são os maiores vítimas do conflito dos seus pais, que, de uma hora pra outra, os impedem de pisar solidamente em uma estrutura familiar edificada no pai e na mãe, onde ambos são amados por eles, sendo induzidos a extirparem de sua bagagem emocional, o amor e o afeto que tem enraizado, devendo considerar ora um, ora outro como seu adversário, perdendo a segurança, passando a conviver com dúvidas sobre o que está certo. E mais tarde, trazendo para a sociedade na qual convivem, personalidades desajustadas, pela falta do amor primário que se adquire na família, pouco contribuirão para o seu crescimento. Serão profissionais alimentados somente pela ciência e tecnologia, pessoas frias, sem condições emocionais de bem gerir os seus problemas e os do grupo social.

Com a separação ou o divórcio advém à responsabilidade da guarda dos filhos menores, e quem ficará com a guarda das crianças, o pai ou a mãe? No sistema legal se apressa em responder a esta pergunta determinando-se a “propriedade” dos filhos a um cônjuge ou a outro, pondera-se qual é o melhor pai ou mãe para aquela criança (SERPA, 1999).

Na mediação, a principal pergunta a ser feita conforme os ensinamentos de Serpa (1999, p. 58):

[...] Quais são as necessidades da criança? e a conseqüente: Qual é a melhor maneira de atender a essas necessidades ? A pergunta que os mediadores fazem para resolver a questão da guarda dos filhos é: Que futuros planos de paternidade podem vocês entabularem de forma a continuar o trabalho de educação e amor com seus filhos ? A pergunta orientada para o futuro relacionamento demanda a colaboração dos pais e a criação conjunta de planos de ação. Nada poderá ser feito em relação ao passado e o planejamento é algo que se encontra totalmente no poder dos cônjuges de decidirem.

Além disso, segundo Cachapuz (2006, p. 142):

Os pais serão encaminhados para a construção de novas formas de convivência com os filhos, separados ou retomando a relação, conscientizando-se do papel de cada um, com o intuito de formarem um relacionamento respeitoso, alcançando alto índice de possibilidade de dar certo, porque a solução partiu das partes envolvidas e não foi decidida por nenhum estranho.

A mediação procura analisar os conflitos existentes da guarda através do diálogo e a orientação do relacionamento dos componentes da família para o futuro com o objetivo de entender o comportamento e o lugar que ocupa cada integrante, a fim de encontrar a origem do sofrimento e após a sua solução (CACHAPUZ, 2006).

4.2.3.2 Alimentos

Para garantir o adimplemento da obrigação alimentar não há apenas o meio judicial para reclamá-los, há também o instituto da mediação, marcado pela intervenção de um terceiro imparcial, cuja questão básica a ser atendida é que o dever de criação e educação são partilhados igualmente em relação aos filhos menores (SERPA, 1999).

Não há no Brasil parâmetros a serem determinados acerca do valor da pensão alimentícia dos filhos, devendo esta ser constituída com base no binômio necessidade e possibilidade. Deve-se considerar a idade dos filhos, padrão de vida, escolaridade, moradia etc (HAYNES; MARODIN, 1996).

Neste caso, a pergunta que os mediadores têm a fazer, conforme Serpa (1999, p. 60) é:

Que quantia e que disponibilidade cada um de vocês precisar prover mensalmente para atender às necessidades básicas com a manutenção e cuidado com o seu filho? É preciso enfatizar que esse custo pode ser demonstrado por uma soma de dinheiro mas o seu cálculo é feito como base em cada item das necessidades da criança. Advém não só de dinheiro mas de trabalho.

Muito embora o processo de mediação até o momento não seja tão diferente que o judicial, é necessário enfatizar que o orçamento delineado pelas partes (cônjuges, companheiros) passa pela avaliação, discussão e aprovação um do outro no processo de mediação, sendo que no sistema adversarial o cálculo é percentualmente frio (SERPA, 1999).

Conforme Serpa (1999, p. 60):

De qualquer maneira, na mediação existe o compromisso das partes em assegurar a responsabilidade de despesas e rendimentos porque a questão

é encarada minuciosa e informalmente, com ampla possibilidade e oportunidade para que os cônjuges discutam qualquer dificuldade ou fator considerável para a sua tomada de decisão.

Na mediação nada fica sem revelação, tudo é avaliado para determinar os valores da pensão alimentícia, considera-se a vida econômica do casal, rendimento familiar, pagamento de alugueis, financiamentos etc. Somente os envolvidos têm a condição de trabalhar essas questões e estipular com justiça os valores de responsabilidade de cada um (SERPA, 1999).

Segundo Haynes e Marodin (1996) além dos alimentos aos filhos deve-se ajustar também a forma de pagamento, ou seja, se mediante desconto em folha, pagamento direto, depósito bancário, etc.

O processo de mediação facilita na incumbência familiar através da importância de qualquer estímulo que esteja na seara e na consonância dos interesses das partes (SERPA, 1999).

Sobre a pensão ao ex-cônjuge, muito casamentos terminam com a dependência financeira no relacionamento marital, em que o sistema judicial se restringe apenas, a saber, quanto de pensão um cônjuge pagará ao outro, sem adentrar na reestruturação familiar (SERPA, 1999).

Segundo Serpa (1999, p. 63):

[...] a mediação tem por meta focar os conflitos entre os cônjuges fazendo com que possam produzir conseqüências positivas. Nesse particular, de forma resolutiva e também educativa. A dependência feminina durante o casamento não tem de ser qualificada de justa ou injusta. O que deverá prevalecer no julgamento do problema é a autônoma vontade dos participantes capaz de propiciar e qualidade do relacionamento. Principalmente quando existem filhos no casamento dissolvido, o relacionamento futuro demanda cuidados de ambas as partes para que a comunicação entre os pais possa propiciar melhor a criação e educação.

Neste caso, a pergunta que os mediadores têm a fazer, conforme Serpa (1999, p. 62) é:

Vocês concordam que exista dependência financeira de um cônjuge? Mesmo que a resposta seja óbvia é aconselhável que fique expresso esse reconhecimento como forma de estabelecer um compromisso com relação à solução do problema. A pergunta subsequente então seria: Qual seria a participação de cada cônjuge no sentido de promover independência para o cônjuge dependente?

O que irá vigorar são o entendimento e o acordo entre as partes só possível através da mediação, sendo que um fornecerá o suporte financeiro e o outro deverá se comprometer a criar meios de viabilizar sua independência financeira. Esses fatores são os alicerces na mediação quando os cônjuges estabelecem o tempo de duração do pagamento da pensão alimentícia, sendo que cada um tem a responsabilidade e estão juntos na busca da solução para o problema (SERPA, 1999).

4.2.3.3 Partilha de bens

Em todo divórcio ou separação há alguma espécie de bens que precisam ser divididos. No Brasil, segundo Serpa (1999), a divisão será feita de acordo com critério de culpa, quando o processo for litigioso, ou segundo o regime de bens adotado no casamento.

Critérios estes norteadores para a partilha de bens, porém na prática a divisão é muita mais emocional e complexa do que a simplicidade de uma lei. Consideram-se os fatores da preservação do *status quo* dos filhos e os interesses da cada cônjuge, preferências estas muitas vezes não alcançadas em uma sentença judicial (SERPA, 1999).

Nasce neste sentido, a mediação como forma de atender o que melhor define e atenda as preferências e necessidades no futuro para cada cônjuge, sempre através do diálogo (SERPA, 1999).

Haynes e Marodin (1996, p. 80) anotam:

O mediador precisa entender o que prevê a lei, porém não ser limitado por ela. Se fossemos limitados pela lei, a mediação se tornaria um processo que imporá aos clientes o mesmo resultado que um tribunal. No entanto, a mediação é um processo de poder que dá aos clientes o direito e a habilidade para determinar o que consideram justo para sua família.

O papel do mediador é, conforme Haynes e Marodin (1996, p. 80), “[...] administrar as negociações, organizando as discussões das questões que surgem envolvendo a divisão dos bens do casal”. Para isso é necessário que sigam quatro etapas desenvolvidas por Stephen Erickson e hoje muito utilizadas pelos

mediadores, que são: “[...] identificação dos bens, análise dos bens, avaliação dos bens e divisão dos bens” (HAYNES; MARODIN, 1996, p. 80).

E ainda, conforme os ensinamentos de Serpa (1999, p. 65) é necessário que façam também as seguintes perguntas:

1. Quais os bens que serão divididos?
2. O que é preciso saber para se proceder a uma inteligente e justa divisão da propriedade?
3. Qual é o valor dos bens?
4. Que padrões de justiça devem ser aplicados no processo de partilha de bens?
5. Depois de respondidas as perguntas anteriores: Que bens cada cônjuge deve manter para si individualmente?

Cumprе salientar que na identificação e na análise dos bens, o mediador solicita todo tipo de documento acerca de registros, saldos bancários, investimentos, contracheques de salários, imposto de renda, entre outros, não apenas para a sua comprovação mas também para auxiliar no processo de mediação (SERPA, 1999).

Na avaliação dos bens a serem divididos, o processo de mediação procura seguir informações oficiais ou periciais, que muitas vezes no processo judicial litigioso os cônjuges depreciam e escondem informações de acordo com seus interesses (SERPA, 1999).

Sobre o assunto, Serpa (1999, p. 66) destaca que:

Ao invés de peritos judiciais existe na mediação peritos escolhidos pelos diretamente interessados que não raro são questionados na presença do mediador. O julgamento da veracidade ou correção é feita, antes de tudo, pelos cônjuges, que buscam as informações com o intuito único de propiciar e facilitar a divisão e não de tirar maior vantagem da avaliação.

Após toda a análise e avaliação dos bens para a partilha, é necessário seguir para um último questionamento, qual seja, a equidade. Pergunta-se: como irão saber se foram equitativos com vocês próprios e com o outro no momento de dividir os bens? (HAYNES; MARODIN, 1996).

Sob este enfoque, aduzem Haynes e Marodin (1996, p. 97) que “Esta é uma pergunta surpreendente para a maioria das pessoas, que não tem pensado sobre a equidade por muitos anos. Provavelmente a última vez que discutiram isso foi durante as aulas de filosofia no colégio”.

E ainda, segundo Haynes e Marodin (1996, p. 97):

Os casais se debatem com a idéia do que é equitativo para eles. A maioria das pessoas se perfila e defende a divisão de patrimônio mais equitativa e justa possível. Concordam que o casamento foi uma sociedade e que a separação e/ou divórcio também deve ser.

O processo de mediação segundo Serpa (1999, p. 66) “[...] é bem mais diligente na medida em que mantém os informantes na mesma sala e não depende de provas ou depoimentos” e ainda há grande participação de ambos os cônjuges na feitura do acordo em relação à partilha de bens.

Lecionam Haynes e Marodin (1996, p. 81) que “O mediador usa o mesmo ciclo de reunir, verificar, expor e dividir os dados: definir o problema, desenvolver e criar opções, barganhar na maneira usual como ocorre em todos os estágios de mediação”.

A divisão de bens, nos ensinamentos de Haynes e Marodin (1996, p. 98), “[...] é um processo que envolve senso e decência comum. A mediadora além de gerenciar as negociações, cria um clima de responsabilidade própria e conjunta, o que facilita a obtenção de acordos mais justos”.

4.3 DOS BENEFÍCIOS DA MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

A mediação é um meio alternativo de resolução de controvérsias e conforme Caetano (2002, p. 104):

[...] estão sendo implementados, ou mesmo criados, para esvaziar e ajudar a resolver a crise do Poder Judiciário, terrivelmente assoberbado pelo número de ações judiciais. São meios e modos distintos do Poder Judiciário. São também anteriores à criação deste. Aceitam, tão-só, que o uso massivo dos meios adequados de solução de conflitos, por consequência, pode ‘esvaziar’ o Poder Judiciário e, assim, colaborar na solução da crise existente.

É no instituto da mediação que são demonstrados os princípios basilares da Constituição Federal de 1988, como a cidadania, a democracia e a garantia dos direitos humanos, que possibilita a resolução de conflitos não apenas na esfera judicial como também no aspecto emocional (CACHAPUZ, 2006).

Segundo Cachapuz (2006, p. 136), “As vantagens da mediação são bastante relevantes no que diz respeito à tentativa de resgate do ser humano em seu sentido integral, tal como emocional e patrimonial”.

E é na soberania da vontade que se registra uma das principais vantagens da mediação, eis que estando as partes abertas a buscar em consenso o fim de seus conflitos, pode-se vislumbrar em nível emocional e racional uma postura de despertar uma nova visão da situação (CACHAPUZ, 2006).

Dias e Groeninga (2001, p. 62) afirmam que:

As pessoas, por meio da mediação, têm a oportunidade de distinguir o lado emocional e o lado econômico da situação. A mediação serve para diminuir o descompasso entre o nível jurídico da distribuição de direitos e deveres, o nível sociopsicológico dos papéis e funções, bem como o desequilíbrio econômico e psicológico dos afetos. Contribuindo para a conscientização do par, resta facilitada a execução dos acertos feitos, diminuindo a distância entre a sentença e o que é negociado entre as partes.

Anota Serpa (1998, p. 69) que “A mediação é baseada na crença de que as pessoas podem reter o poder das grandes decisões concernentes à sua vida”. Para mediar um conflito, é necessário entabular as partes numa negociação direta, em que se trabalham as necessidades minuciosamente e com a análise de todos os enfoques, inclusive o emocional (SERPA, 1999).

Leciona Serpa (1999, p. 70) sobre os prós do sistema mediador:

Todas as partes podem ficar satisfeitas com a justiça oferecida pelo acordo onde feita adveio de sua criação. O casal aprende a trabalhar para benefícios mútuos onde trocas honestas de informações são feitas. Auto estima crescente é desenvolvida como resultado de sua habilidade em tornar para si a responsabilidade da resolução de seus próprios conflitos. Proporciona menor possibilidade de futuros conflitos em função do grande compromisso das partes no acordo e o conhecimento de quem têm condição de cooperar. Existem menos gastos com honorários advocatícios, custos processuais, etc. As crianças têm maior probabilidade de ultrapassar a fase do divórcio dos pais sem traumas. O controle do processo permite a estimativa de tempo pelas partes.

Para Calmon (2007, p. 121):

A mediação tem como vantagens principais o fato de ser rápida, confidencial, econômica, justa e produtiva. O tempo normalmente gasto em um procedimento de mediação é muito reduzido, sobretudo se comparado ao tempo do processo judicial. Grande parte dos casos são resolvidos em uma só audiência, que pode demorar uma ou duas horas. Todavia, pode requerer sessões adicionais, sobretudo para que os envolvidos sejam

ouvidos em separado pelo mediador e para que possam consultar parentes, amigos, ou sócios sobre eventual proposta de discussão.

A confidencialidade no processo de mediação é uma característica muito relevante, constituindo-se no maior dever do mediador. Esclarece Cachapuz (2006, p. 38) que:

Os envolvidos em um processo de mediação, tanto as partes, como o mediador, assistentes e advogados ficam proibidos de divulgar qualquer ocorrência advinda no desenlace do conflito, inclusive, os seus testemunhos são proibidos em qualquer juízo.

E ainda, conforme Calmon (2007, p. 121):

O custo da mediação é em muito inferior ao custo do processo judicial. Além de dispensar advogados (mas não se proíbe que os envolvidos sejam assistidos), o serviço do mediador dispensa maiores estruturas, bastando-lhe uma sala e uma secretária. Diz-se que a mediação é justa porque a solução do conflito é autocompositiva, o que proporciona maior alcance da almejada pacificação social.

Anota Caetano (2002, p. 104) que:

O aspecto maior dos meios alternativos de solução de conflitos é que eles são, por natureza, ágeis, informais, céleres, sigilosos, econômicos e eficazes. Deles, até pela experiência, é constatado que: são facilmente provocados e, por isso, são ágeis; céleres porque rapidamente atingem a solução do conflito; sigilosos porque as manifestações das partes e sua solução são confidenciais; econômicos porque têm baixo custo; eficazes pela certeza da satisfação do conflito.

A seguir serão ressaltados os resultados satisfatórios da mediação, pelo Serviço de Mediação Familiar no Fórum da Capital, realizada pela coordenadora do setor, referentes ao ano de 2006, que comprovam estatisticamente os benefícios da mediação (SPOSITO, 2007).

Segundo Sposito (2007, p. 60):

[...] no ano de 2006 um mil duzentos e setenta e duas (1.272) pessoas procuraram o Setor de Triagem do Serviço e Mediação do Fórum da Capital para buscar auxílio para a resolução de seus conflitos. Desse total, 72% tiveram seus conflitos resolvidos por meio da mediação familiar. No entanto, em 27% dos casos não foi indicada a mediação pelos mais variados motivos.

Motivos estes que dizem respeito aos casos que não podem ser mediados e que já foram objeto do presente estudo.

Salienta-se que dos 72% dos casos encaminhados a mediação, 42% dos procedimentos iniciados foram abandonados pelas partes, 7,33% houve a reconciliação das partes, 16% foram encaminhados para ações litigiosas, 29% foram realizados acordos informais, 31,01% casos encaminhados para homologação e 0,12% tiveram outros encaminhamentos (SPOSITO, 2007).

Ainda, explica Sposito (2007, p. 61) que:

Apesar de a mediação familiar proporcionar aos casais uma nova chance de conversarem e expor suas opiniões, nota-se que muitos não chegam a um acordo satisfatório, sendo obrigados a partir para a via judicial, em regra mais dolorosa para todos os envolvidos.

Sobre o assunto, Cezar-Ferreira (2004, p. 142) aduz que:

A mediação, no campo judicial da família, não deve ser vista como panacéia dos tempos modernos nem como solução para todos os problemas da área da família, mas como uma prática promissora, como mais um meio de a rede social promover apoio aos membros da família em crise.

A mediação é um processo breve, que foca o conflito do presente para o futuro, considera o diálogo entre as partes a principal forma para a tomada das decisões, analisa os estados emocionais do envolvidos como a culpa, medo, raiva, choque, negação, permuta e depressão e visa sobretudo a mudança das relações, para que se perpetuem no tempo (CEZAR-FERREIRA, 2004).

5 CONCLUSÃO

Conforme foi tratado no presente estudo, os meios alternativos de resolução de conflitos no Brasil estão em constante crescimento, principalmente quando o Poder Judiciário está congestionado de tantas demandas e a falta de celeridade na resolução dos litígios causa um grande empecilho à sua solução na Justiça do Estado.

Sob este aspecto, os exemplos mais conhecidos desses métodos alternativos são a conciliação, a arbitragem e a mediação, que possuem em comum uma característica principal, a presença de um terceiro imparcial que auxiliam e proporcionam as partes uma solução diferenciada da esfera judicial.

Entretanto dentre as características específicas de cada instituto citado e conforme estudado, a mediação se mostra como a alternativa que melhor demonstra os benefícios do seu proveito no tema proposto, qual seja o direito de família, uma vez que as relações parentais devem perdurar no tempo, peculiaridade esta indicada para a utilidade do instituto da mediação.

Muito embora já muito utilizada como meio alternativo de resolução de controvérsias, a mediação não possui ainda lei específica que a regule, somente o Projeto de Lei n. 94/2002, que hoje se encontra no plenário da câmara para aprovação e para que haja a concretização deste projeto necessário se faz apresentar os benefícios e os resultados deste instituto no acesso à Justiça.

É no direito de família que é possível demonstrar como a mediação pode auxiliar os casais ou as famílias a resolver de forma mais célere e eficaz seus conflitos na separação, no divórcio, na guarda, nos alimentos e por fim na partilha de bens.

Quanto à celeridade nas ações citadas, procurou-se comparar o instituto da mediação com o sistema judicial, este muito burocrático e cheio de quesitos que devem ser seguidos, além de as partes ao procurar este sistema estão com suas emoções a flor da pele, com um sentimento de vingança e transformam uma simples separação ou divórcio em um duelo entre egos, que podem durar anos.

No instituto da mediação, diferentemente, é através do diálogo entre as partes, coordenado pela figura do mediador, que as emoções são contidas e avaliadas, o tempo gasto normalmente numa sessão de mediação é muito reduzido,

geralmente podem durar uma ou duas horas e ainda as partes possuem a faculdade de requerer sessões adicionais.

Sobre ser o instituto da mediação mais eficaz que o sistema judicial, certo é dizer e constatar através de todo estudo apresentado que a afirmativa é verdadeira. No sistema judicial, é através da imposição da sentença que as partes tem seus litígios resolvidos, que, por muitas vezes não compreendem todas as necessidades dos envolvidos.

Ainda, para comprovar o alegado, ressalta-se a pesquisa realizada no Fórum da Capital de Florianópolis, no Setor de Triagem do Serviço de Mediação no ano de 2006, que dos casos encaminhados a mediação, 42% dos procedimentos iniciados foram abandonados pelas partes, 7,33% houve a reconciliação das partes, 16% foram encaminhados para ações litigiosas, 29% foram realizados acordos informais, 31,01% casos encaminhados para homologação e 0,12% tiveram outros encaminhamentos.

Vale ressaltar, que por não compreender a sentença todas as necessidades das partes, os envolvidos nos litígios familiares por muitas vezes se deparam com futuros atritos dentro e fora dos tribunais, reavendo por muitas vezes o que foi imposto e constantemente estas obrigações não são acatadas por boa-fé por não serem voluntariamente acordadas.

É no uso da mediação que se demonstra o que é de mais eficaz nos casos que envolvem famílias, uma vez que, são imprescindíveis que as partes envolvidas nos conflitos sejam os principais autores na busca da solução de suas desavenças.

Demonstra-se que como a criação do acordo adveio das partes envolvidas através de muita conversa, as necessidades de cada parte são satisfeitas, proporcionando a menor possibilidade de possíveis conflitos futuros em função do comprometimento advindo do acordo estabelecido.

Sendo assim, diante de tudo que foi exposto, pode-se afirmar que o instituto da mediação é perfeitamente mais eficaz e duradouro se comparado com o sistema judicial nos casos familiares, e ainda é um método de resolução de conflitos compatível para a solução dos notórios problemas do Poder Judiciário. E o que deve ficar claro, é que apesar do instituto da mediação não possuir lei específica que o regule, é necessário que a população brasileira tenha a opção de resguardar seus direitos além do sistema judiciário.

Espera-se que o presente estudo, possa auxiliar os operadores do direito em pesquisas futuras e a identificação da importância da mediação como forma alternativa de resolução de conflitos no Direito de Família.

REFERÊNCIAS

AIDAR, Carlos Miguel C. **A bandeira da mediação e a harmonia social**. Disponível em: <<http://www2.oabsp.org.br/asp/jornal/materias.asp?edicao=43&pagina=905&tds=7&sub=0>>. Acesso em: 30 abr. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002a. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2009.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2009.

_____. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9307.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2009.

_____. Projeto de Lei da Câmara n. 94, de 2002b. **Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil, e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www.apadep.org.br/?siteAcao=LegislacaoIntegra&id=25>>. Acesso em: 15 mar. 2009.

_____. Senado Federal. Comissão de Constituição e Justiça. **Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 2002 (nº 4.827, de 1998, na Casa de origem), que institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos**, Rel. Pedro Simon, 2006. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/pedrosimon/projetos/proj_2006/PA060313.htm>. Acesso em: 13 mar. 2009.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. 1.ed. 3 triagem. Curitiba: Juruá, 2006.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e mediação**. São Paulo: Atlas S.A, 2002.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CEZAR-FERREIRA, Veronica A. da Motta. **Família, separação e mediação**: uma visão psicojurídica. São Paulo: Método, 2004.

DIAS, Maria Berenice; GROENINGA, Giselle Câmara. A mediação no confronto entre direitos e deveres. **Revista do advogado**, São Paulo, v.2, p. 62, mar. 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 5 v.

FREDERICO, Alencar. Notas ao projeto de lei que institui a mediação paraprocessual na esfera civil. **Boletim Jurídico**, ed.189, jul. 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1447>>. Acesso em: 13 mar. 2009.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRUNSPUN, Haim. **Mediação familiar**: o mediador e a separação de casais com filhos. São Paulo: LTr, 2000.

HAYNES, John M.; MARODIN, Marilene. **Fundamentos da mediação familiar**. trad. Eni Assumpção e Fabrizio Almeida Marodin. Porto Alegre: Artes Médicas Sul Ltda., 1996.

MARCHETTO, Patrícia Borba; PASSARI, Andréia de Jesus. A eficácia da arbitragem – análise da Lei 9.307/96. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3069>. Acesso em: 20 mar. 2009.

MONDARDO, Dilza; ALVES, Elizete Lanzoni; SANTOS, Sidney Francisco Reis dos. **O ensino jurídico interdisciplinar**: um novo horizonte para o Direito. Florianópolis: OAB/SC, 2005.

PISANI, Elaine Maria; BISI, Paulo Guy; RIZZON, Luiz Antônio; NICOLETTO, Ugo. **Psicologia Geral**. 11.ed. Petrópolis: Vozes, 1992.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROQUE, Sebastião José. **Arbitragem**: a solução viável. São Paulo: Ícone, 1997.

ROSA, Conrado Paulino. Mediação familiar: uma nova alternativa. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, ago. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=442>>. Acesso em: 26 mar. 2009.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. 1.ed. São Paulo: Brasiliense, 2007.

SANTA CATARINA. Câmara Catarinense de mediação e arbitragem. **Código de Ética para Mediadores**. Florianópolis: CCMA, 1998.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SPOSITO, Cristine Pereira Tuon. **Mediação Familiar nas varas de família da capital**. 2007. Monografia (Graduação em Direito)-Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Arbitragem no Direito Brasileiro**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 7.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2007.

VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem da; SILVA, Marcelo Francisco. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo código civil e do estatuto da criança e do adolescente. Florianópolis: OAB/SC, 2005.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação**: guia para usuários e profissionais. Florianópolis: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

ANEXO

ANEXO A – Projeto de Lei da Câmara n. 94, de 2002

Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil, e dá outras providências.

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei institui e disciplina a mediação paraprocessual nos conflitos de natureza civil.

Art. 2º Para fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.

Art. 3º A mediação paraprocessual será prévia ou incidental, em relação ao momento de sua instauração, e judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores.

Art. 4º É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem.

Art. 5º A mediação poderá versar sobre todo o conflito ou parte dele.

Art. 6º A mediação será sigilosa, salvo estipulação expressa em contrário pelas partes, observando-se, em qualquer hipótese, o disposto nos arts. 13 e 14.

Art. 7º O acordo resultante da mediação se denominará termo de mediação e deverá ser subscrito pelo mediador, judicial ou extrajudicial, pelas partes e advogados, constituindo-se título executivo extrajudicial.

Parágrafo único. A mediação prévia, desde que requerida, será reduzida a termo e homologada por sentença, independentemente de processo.

Art. 8º A pedido de qualquer um dos interessados, o termo de mediação obtido na mediação prévia ou incidental, poderá ser homologado pelo juiz, caso em que terá eficácia de título executivo judicial.

CAPÍTULO II DOS MEDIADORES

Art. 9º Pode ser mediador qualquer pessoa capaz, de conduta ilibada e com formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito, nos termos desta Lei.

Art. 10º Os mediadores serão judiciais ou extrajudiciais.

Art. 11. São mediadores judiciais os advogados com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas, capacitados, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores, na forma desta Lei.

Art. 12. São mediadores extrajudiciais aqueles independentes, selecionados e inscritos no respectivo Registro de Mediadores, na forma desta Lei.

Art. 13. Na mediação paraprocessual, os mediadores judiciais ou extrajudiciais e os co-mediadores são considerados auxiliares da justiça, e, quando no exercício de suas funções, e em razão delas, são equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da lei penal.

Art. 14. No desempenho de suas funções, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade, salvo, no último caso, por expressa convenção das partes.

Art. 15. Caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, aos Tribunais de Justiça dos Estados e às pessoas jurídicas especializadas em mediação, nos termos de seu estatuto social, desde que, no último caso, devidamente autorizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado em que estejam localizadas, 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. 16. É lícita a co-mediação quando, pela natureza ou pela complexidade do conflito, for recomendável a atuação conjunta do mediador com outro profissional especializado na área do conhecimento subjacente ao litígio.

§ 1º A co-mediação será obrigatória nas controvérsias submetidas à mediação que versem sobre o estado da pessoa e Direito de Família, devendo dela necessariamente participar psiquiatra, psicólogo ou assistente social.

§ 2º A co-mediação, quando não for obrigatória, poderá ser requerida por qualquer dos interessados ou pelo mediador.

CAPÍTULO III
DO REGISTRO DE MEDIADORES E DA FISCALIZAÇÃO E CONTROLE
DA ATIVIDADE DE MEDIAÇÃO

Art. 17. O Tribunal de Justiça local manterá Registro de Mediadores, contendo relação atualizada de todos os mediadores habilitados a atuar prévia ou incidentalmente no âmbito do Estado.

§ 1º Os Tribunais de Justiça expedirão normas regulamentando o processo de inscrição no Registro de Mediadores.

§ 2º A inscrição no Registro de Mediadores será requerida ao Tribunal de Justiça local, na forma das normas expedidas para este fim, pelos que tiverem cumprido satisfatoriamente os requisitos do art. 15 desta Lei.

§ 3º Do registro de mediadores constarão todos os dados relevantes referentes à atuação do mediador, segundo os critérios fixados pelo Tribunal de Justiça local.

§ 4º Os dados colhidos na forma do parágrafo anterior serão classificados sistematicamente pelo Tribunal de Justiça, que os publicará anualmente para fins estatísticos.

Art. 18. Na mediação extrajudicial, a fiscalização das atividades dos mediadores e co-mediadores competirá sempre ao Tribunal de Justiça do Estado, na forma das normas específicas expedidas para este fim.

Art. 19. Na mediação judicial, a fiscalização e controle da atuação do mediador será feita pela Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de suas seccionais; a atuação do co-mediador será fiscalizada e controlada pelo Tribunal de Justiça.

Art. 20. Se a mediação for incidental, a fiscalização também caberá ao juiz da causa, que, verificando a atuação inadequada do mediador ou do co-mediador, poderá afastá-lo de suas atividades relacionadas ao processo, e, em caso de urgência, tomar depoimentos e colher provas, dando notícia, conforme o caso, à Ordem dos Advogados do Brasil ou ao Tribunal de Justiça, para as medidas cabíveis.

Art. 21. Aplicam-se aos mediadores e co-mediadores os impedimentos previstos nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil.

§ 1º No caso de impedimento, o mediador devolverá os autos ao distribuidor, que designará novo mediador; se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento de mediação, o mediador interromperá sua atividade, lavrando termo com o relatório do ocorrido e solicitará designação de novo mediador ou co-mediador.

§ 2º O referido relatório conterá:

- a) nomes e dados pessoais das partes envolvidas;
- b) indicação da causa de impedimento ou suspeição;
- c) razões e provas existentes pertinentes do impedimento ou suspeição.

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 subsistir a impossibilidade, não lhe sejam feitas novas distribuições.

Art. 23. O mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais a qualquer das partes, em matéria correlata à mediação; o impedimento terá o prazo de dois anos, contados do término da mediação, quando se tratar de outras matérias.

Art. 24. Considera-se conduta inadequada do mediador ou do co-mediador a sugestão ou recomendação acerca do mérito ou quanto aos termos da resolução do conflito, assessoramento, inclusive legal, ou aconselhamento, bem como qualquer forma explícita ou implícita de coerção para a obtenção de acordo.

Art. 25. Será excluído do Registro de Mediadores aquele que:

I – assim o solicitar ao Tribunal de Justiça, independentemente de justificção;

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

III – violar os princípios de confidencialidade e imparcialidade;

IV – funcionar em procedimento de mediação mesmo sendo impedido ou sob suspeição;

V – sofrer, em procedimento administrativo realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, pena de exclusão do Registro de Mediadores;

VI – for condenado, em sentença criminal transitada em julgado.

§ 1º Os Tribunais de Justiça dos Estados, em cooperação, consolidarão mensalmente relação nacional dos excluídos do Registro de Mediadores.

§ 2º Salvo no caso do inciso I, aquele que for excluído do Registro de Mediadores não poderá, em hipótese alguma, solicitar nova inscrição em qualquer parte do território nacional ou atuar como co-mediador.

Art. 26. O processo administrativo para averiguação de conduta inadequada do mediador poderá ser iniciado de ofício ou mediante representação e obedecerá ao procedimento estabelecido pelo Tribunal de Justiça local.

Art. 27. O processo administrativo conduzido pela Ordem dos Advogados do Brasil obedecerá ao procedimento previsto no Título III da Lei nº 8.906, de 1994, podendo ser aplicada desde a pena de advertência até a exclusão do Registro de Mediadores.

Parágrafo único. O processo administrativo a que se refere o *caput* será concluído em, no máximo, noventa dias, e suas conclusões enviadas ao Tribunal de Justiça para anotação no registro do mediador ou seu cancelamento, conforme o caso.

Art. 28. O co-mediador afastado de suas atividades nos termos do art. 19, desde que sua conduta inadequada seja comprovada em regular procedimento administrativo, fica impedido de atuar em novas mediações pelo prazo de dois anos.

CAPÍTULO IV DA MEDIAÇÃO PRÉVIA

Art. 29. A mediação prévia pode ser judicial ou extrajudicial.

Parágrafo único. O requerimento de mediação prévia interrompe a prescrição e deverá ser concluído no prazo máximo de 90 dias.

Art. 30. O interessado poderá optar pela mediação prévia judicial. Neste caso, o requerimento adotará formulário padronizado, subscrito por ele ou por seu advogado, sendo, neste caso, indispensável à juntada do instrumento de mandato.

§ 1º Distribuído ao mediador, o requerimento ser-lhe-á encaminhado imediatamente.

§ 2º Recebido o requerimento, o mediador designará dia, hora e local onde realizará a sessão de mediação, dando ciência aos interessados por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação.

§ 3º A cientificação ao requerido conterà a recomendação de que deverá comparecer à sessão acompanhado de advogado, quando a presença deste for indispensável. Neste caso, não tendo o requerido constituído advogado, o mediador solicitará à Defensoria Pública ou, na falta desta, à Ordem dos Advogados do Brasil a designação de advogado dativo. Na impossibilidade de pronto atendimento à solicitação, o mediador imediatamente remarcará a sessão, deixando os interessados já cientificados da nova data e da indispensabilidade dos advogados.

§ 4º Os interessados, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial.

§ 5º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

Art. 31. Obtido ou não o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação, descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do mesmo ou consignando a sua impossibilidade.

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

Art. 32. A mediação prévia extrajudicial, a critério dos interessados, ficará a cargo de mediador independente ou daquele ligado à instituição especializada em mediação.

Art. 33. Em razão da natureza e complexidade do conflito, o mediador judicial ou extrajudicial, a seu critério ou a pedido de qualquer das partes, prestará seus serviços em regime de co-mediação com profissional especializado em outra área que guarde afinidade com a natureza do conflito.

CAPÍTULO V DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL

Art. 34. A mediação incidental será 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 recuperação judicial e na insolvência civil;

IV – no inventário e no arrolamento;

V – nas ações de imissão de posse, reivindicatória 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;

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

Parágrafo único. A mediação deverá ser realizada no prazo máximo de 90 dias e, não sendo alcançado o acordo, dar-se-á continuidade ao processo, .

Art. 35. Nos casos de mediação incidental, a distribuição da petição inicial ao juízo interrompe a prescrição, induz litispendência e produz os demais efeitos previstos no art. 263 do Código de Processo Civil.

§ 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. 36. A designação inicial será de um mediador, judicial ou extrajudicial, a quem será remetida cópia dos autos do processo judicial.

Parágrafo único. As partes, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial.

Art. 37. Cabe ao mediador intimar as partes por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação, designando dia, hora e local para seu comparecimento.

§ 1º A intimação deverá conter a recomendação de que as partes deverão se fazer acompanhar de advogados, quando indispensável à assistência judiciária.

§ 2º Se o requerido não tiver sido citado no processo judicial, a intimação para a sessão de mediação constitui-lo-á em mora, tornando prevento o juízo, induzindo litispendência, fazendo litigiosa a coisa e interrompendo a prescrição.

§ 3º Se qualquer das partes não tiver advogado constituído nos autos do processo judicial, o mediador procederá de acordo com o disposto na parte final do § 3º do art. 30.

§ 4º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

Art. 38. 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 resultado em acordo ou conciliação.

Parágrafo único. O valor pago a títulos de honorários do mediador, na forma do art. 19 do Código de Processo Civil, será abatido das despesas do processo.

Art. 39. Obtido ou frustrado o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do acordo ou consignando sua impossibilidade.

§ 1º O mediador devolverá a petição inicial ao juiz da causa, acompanhada do termo, para que seja dado prosseguimento ao processo.

§ 2º Ao receber a petição inicial acompanhada do termo de transação, o juiz determinará seu imediato arquivamento ou, frustrada a transação, providenciará a retomada do processo judicial.

Art. 40. Havendo acordo, o juiz da causa, após verificar o preenchimento das formalidades legais, homologará o acordo por sentença.

Parágrafo único. Se o acordo for obtido quando o processo judicial estiver em grau de recurso, a homologação do mesmo caberá ao relator.

CAPÍTULO VI

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 41. 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 local fixará as condições mínimas a que se refere este artigo.

Art. 42. 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 assistência judiciária, estará a parte dispensada do recolhimento dos honorários, correndo as despesas às expensas de dotação orçamentária do respectivo Tribunal de Justiça.

Art. 43. O art. 331 e parágrafos da Lei nº 5.869, de 1973, Código de Processo Civil, 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 trinta dias, para 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 realizada a tentativa de 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. 44. Fica acrescentado à Lei nº 5.869, de 1973, Código de Processo Civil, 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 no artigo anterior”.

Art. 45. Os Tribunais de Justiça dos Estados, no prazo de 180 dias, expedirão as normas indispensáveis à efetivação do disposto nesta Lei.

Art. 46. O termo de mediação, de qualquer natureza, frustrado ou não o acordo, conterà expressamente a fixação dos honorários do mediador, ou do co-mediador, se for o caso.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do mediador, no termo de mediação, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o mediador requererá ao Tribunal de Justiça que seria competente para julgar, originariamente, a causa, que os fixe por sentença.

Art. 47. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.