

BREVES OBSERVAÇÕES SOBRE A MEDIAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO DA FAMÍLIA

*Ivan Aparecido Ruiz**

SUMÁRIO: 1. Introdução acerca da mediação. 2. Processo judicial (ganha/perde) e mediação (ganha/ganha). 3. Conceito de mediação. 4. Mediação nas questões de família. 5. Mediação e ações de estado. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO ACERCA DA MEDIAÇÃO

No processo tradicional, como método de composição dos conflitos, sempre resultarão um *vencedor* e um *vencido* ou, pelo menos, um vencedor em parte e vencido em parte.

Nem poderia ser diferente, pois, sendo o processo um método *heterocompositivo*¹, onde se verifica a presença de um terceiro, do Estado-juiz, a solução do conflito de interesses é imposta por este. Trata-se de um método adversarial. A solução, nesse caso, é dada por esse terceiro e, muitas vezes, não é a melhor solução, apesar de estar assentada no ordenamento jurídico. É que nem sempre a solução proferida será *justa* e isenta de erro.

Mas, mesmo assim, utiliza-se atualmente em larga escala esse método, não obstante a crise que se presencia não só nesse instrumento, mas, também, no próprio Poder Judiciário.

A sociedade contemporânea vive em crise e, juntamente com ela, as instituições estatais². O Estado abarcou uma série de atribuições, mas não

* Professor adjunto na Universidade Estadual de Maringá - UEM, professor dos cursos de Mestrado da UEM e do CESUMAR, Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina - UEL-PR, e doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/.

¹ A respeito dos processos heterocompositivos, cf.: Martins, S. Processo e direito processual: processos heterocompositivos. Coimbra: Centelha, 1986. v. 2.

² Portanto, "Num momento em que toda a sociedade e também as suas instituições estão em crise, em face das mudanças tecnológicas e comunicacionais que significaram a decadência do período que se convencionou chamar de sociedade industrial, é mais que oportuno refletir sobre os fatores que na prática são responsáveis pelo complexo normativo que rege a atividade e a interação humana. É justamente em face dessas mudanças que nos perguntamos se a advocacia e o direito no qual se baseia podem manter, hoje, a mesma configuração que se mostrou adequada nos períodos de relativa estabilidade, quando essas mudanças ocorrem num ritmo quase frenético" (Ponieman, A. Advocacia:

está conseguindo, com eficiência e como era de se esperar, desvencilhar-se das mesmas, cumprindo o seu dever legal. Não é à toa que muito se fala nas mudanças de paradigmas. O modelo atual não mais responde às aspirações da população³. Presencia-se, hodiernamente, uma avalanche de organizações não-governamentais (ONGs). Essas ONGs e, concomitantemente, com elas, emerge a figura do "voluntariado", o qual vem exercendo um papel que até então era exercido ou pelo menos devia ser exercido pelo Estado. É o "cidadão", o particular, exercendo uma atividade pública, típica do Estado. Essa mudança pode ser constatada no âmbito do Estado-administração, contando, inclusive, com tratamento legislativo. Observa-se, pois, mudanças e aberturas no Estado, isso porque o próprio mundo está mudando. Uma das mudanças que se percebe é aquela em que o Estado vem deixando de ser um *Estado administrador*, tornando-se um *Estado gerenciador*. O Poder Judiciário não está imune a esses efeitos nocivos ou estranhos à funcionalidade do seu sistema, ou seja, a esse mal que ronda a sociedade contemporânea. Assim, pensa-se que as aberturas do Estado também no tocante à parte do papel do Poder Judiciário não pode deixar de repercutir na melhoria da Justiça, o que vem acontecendo sob a forma dos chamados meios alternativos de solução de conflitos, onde o cidadão é chamado a participar e contribuir para o alcance da Justiça e da paz social⁴.

uma missão possível. in: Oliveira, Â. (Coord.). Mediação: métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: LTr, 1999, p. 121).

³ Oportuna, nesse contexto, a observação de Alejandro Poniaman: "É hora de assumir com preocupação as indicações que a sociedade está oferecendo (leia-se desconformidade com a Justiça, com os advogados, etc.). Perguntamos se diante do hiperdinamismo e instabilidade que, via globalização, mostram-se em diferentes países, o direito deveria mudar na forma e no fundo. Assim como o sistema jurídico, que após a Revolução Francesa, sofreu uma transformação, não é possível pensar que a sociedade do século XXI exigirá sistemas e métodos também substancialmente diferentes dos atuais? É notório que os mecanismos adaptativos do direito, em especial em sua versão continental, são particularmente lentos e manifestam uma resistência estrutural à mudança. Esta é a conjuntura e o desafio do momento e a pertinência de nos dispormos a repensar integralmente tanto o direito como a advocacia. A opinião pública contrária é uma mensagem que não pode nem deve ser ignorada na atual conjuntura mundial, pois, como outros setores advertiram, a globalização não perdoa a quem se prende ao passado. [...] Uma sociedade tão hiperdinâmica requer imperiosamente um sistema jurídico e métodos de resolver controvérsias igualmente ágeis e atualizados e além disso idôneos para pacificar uma sociedade convulsionada. A mediação reaparece então não por acaso, mas porque está funcionalmente apta para tanto, pois contrariamente ao que ocorre nos casos dos litígios contribui para restaurar as relações e o necessário consenso de modo geral" (Idem, ibidem, p. 124).

⁴ Milton de Oliveira, atento a esse quadro, com muita percuciência, afirma: "Assistimos, no mundo contemporâneo, a uma verdadeira falência dos estados nacionais para responderem às necessidades básicas das populações: alimentação, habitação, saúde, educação, transporte, segurança, geração de energia, telecomunicações. Uma das características de nossa época é a procura de novas maneiras para se solucionar problemas antigos. A mudança do papel do Estado na solução dos problemas sociais é um dos fatos mais marcantes da história contemporânea. Estamos assistindo à procura de novas maneiras de

Assim é que os meios alternativos de solução dos conflitos de interesses ultimamente vêm ganhando destaque no cenário jurídico mundial. Dentre esses meios, aqui merecerá maior destaque, ainda que de forma sucinta, a *mediação*.

A mediação, vista como método ou procedimento alternativo, não tem a finalidade de afastar a utilização do processo judicial e, tampouco, pretende-se enfocá-la como concorrente do instrumento da jurisdição⁵. A

solucionar ou trabalhar as necessidades que os governos não conseguiram atender. Os chamados três poderes - executivo, legislativo e judiciário - deverão sofrer profundas reformas, pois estão historicamente superados e totalmente desacreditados pelos cidadãos que custeiam esses sistemas. Os elevados custos operacionais e a corrupção provocam uma profunda insatisfação e revolta social. O sistema judiciário Como prevê a Teoria do Caos ou da Complexidade, da desordem surge uma nova ordem. O caos gerado pela incompetência dos estados nacionais está propiciando o aparecimento de novas formas de organizações. Dentre essas transformações, o questionamento do processo judiciário na solução dos conflitos sociais ocupa um lugar de destaque. Torna-se necessária não apenas uma reforma do Judiciário (que é um órgão estatal com altos custos sociais) mas, também, a criação de novos mecanismos de resolução de conflitos sociais. O excesso de regulamentação jurídica e a lentidão de sua atualização têm emperrado a dinâmica social. Muitas das inovações se chocam com leis arcaicas e historicamente defasadas. Muitas dessas leis são corporativistas e defendem apenas o interesse particular de certas classes sociais, grupos econômicos ou de diferentes profissões. O sistema jurídico é tão regulamentado e com um processo tão burocratizado que conhecidos "facinoras" permanecem impunes, pois o julgamento e a condenação levam anos sem fim. Esses são apenas alguns dos problemas causados pelo excesso de regulamentação, que ao invés de proteger o cidadão defende o privilégio dos membros das classes detentoras do poder econômico. O segundo problema é de ordem cultural. Estamos há séculos acostumados com a tradição do autoritarismo e do paternalismo estatal que historicamente faz com que a solução de todos os problemas dependa do Estado. A sociedade civil está reagindo e estão surgindo muitas ONGs extremamente interessantes: seja na educação sanitária, na defesa do meio ambiente, de ação comunitária e muitas outras. Poderíamos citar vários outros exemplos, mas o que gostaríamos de enfatizar é que essas práticas estão criando uma nova mentalidade cultural; os cidadãos estão assumindo funções que tradicionalmente pertenciam aos governos. Precisamos trabalhar em função da modernização da nossa cultura e da criação de novos valores e novas práticas sociais. Devemos desenvolver mecanismos de ação independentes dos governos para resolver certos problemas cotidianos. Quanto mais complexa for a sociedade, maiores serão as possibilidades de se criar conflitos de interesses: familiares, empresariais, sociais, políticos, etc. Novos problemas surgem e a legislação leva muito tempo para acompanhá-los e regulamentar as novas referências de ação social. Um exemplo marcante é o dos problemas criados pela Internet, sejam de ordem ética, comercial, de privacidade e muitos outros que estão surgindo e que ainda não houve tempo hábil para serem regulamentados. Tradicionalmente nos conflitos de interesse mais graves recorremos ao judiciário. E aí nos deparamos com toda a burocracia já comentada. Tribunais, juízes, advogados, oficiais de justiça, despachantes, procedimentos intermináveis nas várias etapas e instâncias do processamento jurídico. Desnecessário comentar os custos e o tempo gasto na solução de problemas, além dos aborrecimentos e os estressantes desgastes emocionais de todo o processo dos tribunais de justiça" (A mediação de conflitos: a mediação é uma técnica de solução de conflitos rápida, ágil, flexível e particularizada a cada caso. Disponível em: <http://www.gestaoerh.com.br/artigos/gead_030.shtml>. Acesso em: 27 set. 2002).

⁵ Alcira Ana Yanieri, em uma de suas conclusões a respeito do assunto, afirma que "La mediación es complementaria de la Justicia, no es una técnica competitiva, se cree que estos modos alternativos de solución de conflictos son una respuesta posible al

mediação deve ser incentivada e utilizada ao lado do processo, funcionando como verdadeiro *filtro*. Somente quando as partes não se compõem por si sós, aí sim, deverá utilizar-se do processo⁶⁻⁷. A intenção não é privatizar a justiça. Não se pretende utilizar a mediação como algo que venha competir com o processo judicial, até mesmo porque em determinados tipos de conflitos de interesses, dada a sua natureza, e, também, em virtude da ordem pública, a jurisdição funcionará como *jurisdição necessária*. Não se deve olvidar, ainda, que o juiz, no exercício da jurisdição, conta com o poder de *imperium*, ou seja, poderá utilizar-se da coação para cumprir os comandos judiciais. Ademais, tem-se ciência de que os meios alternativos de solução dos conflitos de interesses não solucionarão todos os problemas⁸. Mas, por que se pensa assim então? Basicamente dois fatores justificam o manejo da mediação, quais sejam: 1) possibilitará amenizar a crise por que passam o processo e, conseqüentemente, o Poder Judiciário; e 2) a solução é encontrada pelas próprias partes, ainda que sejam auxiliadas nesse sentido, e com a vantagem de ser uma solução não-adversarial, alcançando-se para as partes a verdadeira justiça.

Em amparo ao que aqui se pretende sustentar, ou seja, a utilização da mediação, inicialmente se reproduzirá o conhecido caso da *disputa da laranja*. Alcira Ana Yanieri⁹, ao tratar do *conceito primário da mediação*, relata esse caso, assim se expressando:

disfuncionamiento dei servicio público de Justicia, por su lentitud, falta de eficacia, costos, etc" (Mediación en el divorcio: alimentos y régimen de visitas. Argentina: Juris, 1994, p. 126).

⁶ Alcira Ana Yanieri, a respeito da utilização de métodos alternativos anteriormente ao processo judicial, assim se expressa: "[...] los métodos autocompositivos como la conciliación y la mediación pueden actuar como filtro, reteniendo aquellas situaciones litigiosas en que aun -necesitando de auxilio externo - pueda lograrse una solución que parta de los mismos interesados, dejando el arbitraje para cuando no sea posible un acuerdo directo, pero exista, ai menos, un grado de entendimiento mínimo, que les permita convenir el sometimiento de diferencias ai arbitraje. La justicia ordinaria quedará como reducto final, reservado para los conflictos que no admitan soluciones total o parcialrmente consensuadas" (Idem, ibidem, p. 47).

⁷ Alcira Ana Yanieri, tratando acerca dos métodos e/ou técnicas alternativas de solução de conflitos, e o Poder Judiciário, assim se expressa: "Com estas técnicas - como es obvio - no se busca 'privatizar la Justicia', ni se pretende quitar y/o restar protagonismo aios jueces, ni menoscabar su labor. Se procura solam ente complementarla, ayudando de alguna manera para que la Justicia (como un todo) sea eficiente. El buscar nuevas alternativas para afrontar la crisis, pueden ser autocompositivos como la mediación - tema dei presente -, o bien heterocompositivos como el arbitraje" (Idem, ibidem, p. 46 e 47).

⁸ Como acentua J. S. Fagundes Cunha, abordando a crise por que passa a administração da justiça, não se pode perder de vista "[...] a perspectiva de que a instituição da mediação não seria o remédio suficiente para pôr fim à crise" (*Questões controvertidas nos juizados especiais*. Curitiba: Juruá, 1997, p. 22).

⁹ Yanieri, A. A. *Mediación en el divorcio: alimentos y régimen de visitas*. Argentina: Juris, 1994, p. 1-2.

Dos hermanas pequeñas discuten por naranja, ambas la quieren y dice la menor: "es para mí", la otra dice: "no, es mía". La madre cansada, pone fin a la disputa. Llama a las dos hijas, y divide la naranja cuidadosamente en dos partes exactamente iguales y las entrega. Satisfecha la madre, vuelve a su tarea pensando haber solucionado con justicia el conflicto. Esta situación muestra la generalizada idea de lo que significa una solución justa: un tercero neutral que reparta equitativamente aquello que está en disputa.

A primera vista la solución parece acertada. Pero la historia no termina aquí, porque la menor de las hermanas pela su mitad, tira la cáscara y come la pulpa; la otra al contrario, tira la pulpa y guarda la cáscara para sazonar su torta. Vemos que la solución, aunque fue equitativa, no fue un buen remedio.

Si la madre hubiese indagado los reales intereses, en vez de limitarse exclusivamente a cuestiones de procedimientos (cortar la fruta en exactas mitades) o de posiciones (las dos hermanas querían la única naranja porque tenían el mismo derecho) sin dudas hubiere llegado a una solución satisfactoria para ambas, pelaba ella la naranja y entregaba toda la pulpa a una y toda la cáscara a otra, por ejemplo.

Es más, si las partes hubieran sabido negociar cooperativamente entre ellas, evitando el reparto, habrían llegado a un resultado más satisfactorio. Este ejemplo concordo como "La disputa de la naranja", es mencionado frecuentemente en la literatura norteamericana relativa a la solución de conflictos para mostrar métodos alternativos.

O exemplo aponta que a Justiça foi realizada, observando-se o princípio da igualdade, já que a decisão foi tomada buscando a equivalência de valores. A estória deixa claro que não foi a melhor resposta dada ao caso. Se as partes tivessem elas mesmas procurado uma solução, utilizando-se da negociação direta, comunicando entre si, a solução seria outra, a qual ambas sairiam ganhando, inclusive com mais vantagens. A decisão dada pela mãe poderia até estar na lei, mas será que seria a melhor decisão para o caso? Solução justa é aquela que está amparada no princípio da igualdade, no sentido de equivalência de valores? Seria, ainda, a solução justa aquela pautada em texto de lei? E se a lei foi editada para favorecer determinados "grupos", para determinadas classes detentoras do poder (econômico, político, etc.), com endereço certo?

Assim, como se pode perceber, nas situações de conflito, a comunicação é tudo. Se a mediação é um método de solução de conflitos não-adversarial, em que as próprias partes chegam a um consenso, é evidente que a comunicação e a forma dessa comunicação entre elas têm grande importância.

Delfina Linck, ao discorrer sobre *El conflicto y su transformación*, relata duas situações¹⁰, das quais constata-se que a comunicação é tudo num método não-adversarial. Refere-se a autora à colisão de dois automóveis num cruzamento com semáforo. Na primeira situação, os condutores descem dos veículos gritando e se insultando, ao passo que na que segunda o comportamento é totalmente diverso, pois ao saírem de seus veículos, os condutores passam a questionar acerca do estado de saúde um do outro. Retrata, assim, nesse quadro do acidente as diversas condutas que podem ter os envolvidos no acidente de trânsito, mostrando que a forma de comunicação no ambiente posto é muito importante para o acirramento ou não dos ânimos, podendo até mesmo evitar um litígio, bem como o processo. Na verdade, deixa claro que a comunicação num método não-adversarial é tudo. Vê-se, pois, que a comunicação se mostra fator importante no método não-adversarial, sendo decisiva, pois com ela as partes poderão, ambas, sair ganhando, diferentemente do que ocorre no processo, método adversarial, em que haverá ganhador e perdedor.

2. PROCESSO JUDICIAL (GANHA/PERDE) E MEDIAÇÃO (GANHA/GANHA)

No *processo judicial*, a solução é imposta pelo Estado-juiz. Trata-se de uma solução *impositiva*. Verifica-se, pois, uma ação de impor, de estabelecer, de obrigar, de infligir. Consubstancia-se numa determinação, numa ordem, numa injunção. Enfim, é uma coisa imposta. E o juiz, ao pronunciar uma decisão ou proferir um julgamento, ou acolherá ou rejeitará o pedido formulado pelo autor. Quando muito, poderá acolher e rejeitar em parte. Jamais terá, pela sistemática vigente, a possibilidade de julgar *empatada* a demanda. Assim, verifica-se que sempre haverá um *ganhador* e um *perdedor*. Estar-se-á, pois, diante do que se costuma chamar de *ganha/perde*. A atitude desenvolvida nesse contexto é baseada em somente um dos lados, sendo, por isso, negativa. Toda vez que se adota essa teoria do ganha/perde, ela acaba se deteriorando para a teoria do perde/perde, pois o perdedor fatalmente não dará continuidade nas relações, e aquele que foi ganhador nesse primeiro momento, na continuidade pode passar a ser um perdedor¹¹. Tem-se, nesse caso, uma solução *adversarial*.

¹⁰ Cf.: Linck, D. *El valor de la mediación*. 1. ed. Buenos Aires: Ad-hoc, 1997, p. 21-22. 11

¹¹ Pense-se um caso em que uma instituição financeira celebra contrato de mútuo. Mais tarde, não conseguindo receber amigavelmente, pois as taxas de juros e de correção monetária foram elevadas, teve que lançar mão do processo de execução. Utilizou-se de todas as medidas de que a legislação dispõe, mas não tentou receber amigavelmente seu crédito, nem, tampouco, reduzir a taxas compatíveis ao mercado atual. Desenvolveu o processo,

Aqui, talvez, reside a grande dificuldade em aceitar o processo judicial como meio ideal de se solucionar os conflitos de interesses. Entende-se, pois, não se tratar o processo judicial de meio ideal, insubstituível, muito embora nos estados organizados seja ele o mais utilizado, até mesmo pela autoridade do Estado, e acaba sendo aceito pelas pessoas envolvidas.

De outro lado, existem outros meios para solução dos conflitos de interesses, e, com um pouco de ousadia, entende-se que a solução a que se chega nos conflitos de interesses atende muito mais aos interesses das partes, já que se está diante do que se chama de teoria do *ganha/ganha*. Quando se trabalha com o *ganha/ganha*, a energia é positiva, favorecendo os dois lados, criando, também, uma energia positiva para o universo. A aceitação da solução, aqui, é mais bem aceita, até mesmo porque são as próprias partes que chegam a esse resultado. Trata-se, nesse caso, de uma autêntica solução *não-adversarial*. Ao que se percebe, a solução dos conflitos pelos próprios interessados é o caminho a ser perseguido pelas próximas e futuras gerações, já que se reveste de maior importância, mormente levando-se em conta o aspecto comunicação, diálogo¹². A comunicação entre as pessoas é a chave que abrirá as portas para uma vida em sociedade mais harmônica e mais esperançosa. As pessoas, hodiernamente, não mais suportam as intrigas, as discórdias, as imposições.

Não é à toa que os métodos alternativos, em especial a *mediação*, vêm ganhando foros de destaque no cenário jurídico internacional.

A doutrina vem apontando a instância judicial como o último recurso, apresentando, para tanto, várias razões¹³. Aqui vale dos

advindo do trâmite desgaste, estresse, irritação, tempo, dinheiro e, ao final, o devedor teve que pagar conforme o contratado. Mas, para isso, foi gasto bastante tempo. Certamente, muito embora o credor tivesse ganhado, poderia ter perdido no momento em que o devedor não mais tivesse estabelecido novas relações jurídicas materiais, como empréstimo, seguros, etc.

¹² Aqui, realmente, há que se fazer uma distinção entre o ideal e o real. Pensa-se que o ideal seja uma solução arquitetada voluntariamente pelas próprias partes interessadas. Ninguém melhor do que as partes interessadas sabe o que é melhor para elas. No entanto, nem sempre o que muitas vezes é o ideal significa que é o que vige no mundo da realidade. A realidade, muitas vezes, difere do ideal. Não se pode deixar de mencionar os litigantes contumazes, que se utilizam do processo e das regras procedimentais para levar vantagens e aproveitar-se da parte mais fraca.

¹³ Um dos problemas que se tem presenciado, e que foi objeto de análise na Parte I deste trabalho, refere-se à morosidade na entrega da prestação jurisdicional. Essa situação delicada não se trata de um privilégio do Brasil, ou dos países da América latina, mas, também, de países europeus com tradição no cenário político mundial. Refiro-me ao caso específico de Portugal. Carlos Manuel Ferreira da Silva, em recente artigo publicado na Revista de Processo, discorrendo acerca da *Arbitragem e conciliação. Presente e futuro. A situação em Portugal*, assim, a certa altura, se expressa: "O maior problema com que a Justiça Portuguesa se debate desde há alguns anos é certamente o da morosidade causado pelo incremento exponencial do número de processos que são introduzidos nos

ensinamentos de Juan Pedro Colerio e Jorge A. Rojas, quando apresenta essas razões ou motivos.

Dizem eles¹⁴:

[...] Varias son las razones que llevan a esta conclusión. Una de ellas, es el colapso por el que atraviesa la administración de justicia, con procesos que se dilatan interminablemente y en los que, cuando por fin se llega a sentencia definitiva, siempre ambas partes pierden en gastos, tiempo y esfuerzos.

Qtro motivo no menos importante, reside en que muchas de las veces los verdaderos intereses de las sujetos no llegan a ser debidamente debitados en el proceso judicial, perdidos en una maraña de cuestiones, tales como planteos de incompetencia, incidentes de nulidades, acuses de negligencias y caducidades, interposición de recursos, notijicaciones, etcétera, que hacen perder de vista el concreto problema real que afecta a los litigantes.

La tercera razón que ponderamos valedera para impulsar los medios de negociación asistida, es que se trata de métodos de resolución de conflictos no adversariales. Esto es que, mientras en el proceso judicial se agudiza el enfrentamiento, pues cada parte debe de extrema r su posición a un máximo para en definitiva tratar de obtener el mayor beneficio posible, en la autocomposoción asistida, como es la mediación, se trabaja exclusivamente sobre los intereses de los suje tos, tratado de afirmar las coincidencias y acercar la diferencias.

3. CONCEITO DE MEDIAÇÃO

César Fiuza¹⁵ afirma que “mediação é palavra polissêmica utilizada, tanto como sinônimo de corretagem, enquanto intermediação mercantil, quanto como equivalente jurisdicional, na solução de conflitos de interesses. Enquanto equivalente jurisdicional, a mediação ocorre, quando terceiro intervém na disputa, a fim de propor-lhe solução, ou seja, a fim de promover acordo entre os contendores”.

tribunais. Neste contexto, muitos vêm entendendo - e nesse sentido acaba de pronunciar se, p. ex., a Associação Sindical dos Juizes Portugueses - que a única solução está em retirar da jurisdição comum um número substancial dos assuntos que lhe são confiados, configurando-se a conciliação e a arbitragem como meios de obter este *desideratum*. (...] Falta tradição em Portugal no sentido da arbitragem e da conciliação extrajudicial e o aumento da sua importância prática não pode obter-se com a mera afirmação da sua necessidade, mas, sim, como a experiência *vem* demonstrando, com a existência de claras vantagens para quem delas se socorra”. Esse mesmo autor aponta os seguintes dados estatísticos, que, pela sua importância no presente contexto, merece aqui ser registrado: “O número de processos cíveis movimentados por ano aumentou de 613.256 em .1993 para 1.214.19 em 1998” (Arbitragem e conciliação: presente e futuro - a situação em Portugal. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 107, p. 204, jul./set. 2002

¹⁴ Caleria, J. P.; Rojas, J. A. *Mediación obligatoria y audiencia preliminar*. Buenos Aires: Rubinzal-Culsoni Editores, 1998, p. 10.

¹⁵ Fiuza, C. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Dei Rey, 1995, p. 51

Desse conceito, extrai-se também que a mediação é um método heterocompositivo, havendo a participação de um *terceiro*, a qual é indispensável. Esse terceiro, de acordo com tal conceito, não decide, como acontece na jurisdição e na arbitragem. Diversamente, esse terceiro - o mediador - propõe a solução, a fim de que as próprias partes envolvidas no conflito de interesses cheguem a um acordo, pondo fim à controvérsia.

A mediação, como enfocada, pode ser vista como um contrato de intermediação, de direito substancial, e ainda como um equivalente jurisdicional.

O presente texto não abordará a mediação como contrato instrumental da circulação de bens ou colocação de um serviço, ou como a intervenção de uma pessoa em negócios alheios. Nesse contexto, tem-se o contrato de mediação, o qual vem tratado no âmbito do direito civil¹⁶. O presente trabalho limitar-se-á a desenvolver a mediação sob o aspecto de um *equivalente jurisdicional*, como um método alternativo de solução de conflito de interesses.

María Celia De La Cruz Quirosa¹⁷, a respeito do conceito de mediação, no direito argentino, assim se expressa: “Mediación es una negociación colaborativa, asistida por un tercero neutral. También puede decirse que la mediación es un procedimiento no adversarial, en que un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas”.

Como se percebe do conceito supra, a autora coloca em destaque a presença de um *terceiro*, a sua *neutralidade*, *atuação colaborativa*, tudo no intuito de que as partes em contenda solucionem o conflito de interesses de uma forma satisfatória para ambos os lados. Vê-se, assim, que o mediador nada decide. Ao contrário, por ser a mediação um método não-adversarial, o mediador colabora, assiste as partes, a fim de que as mesmas entrem em acordo. São as próprias partes que, cada uma valorando a sua posição, chegam a uma composição que satisfaça a pretensão de ambas.

John M. Haynes¹⁸, sobre a mediação familiar, precisamente sobre o conceito afirma que “La mediación es un proceso en virtud del cual un tercero, el mediador, ayuda a los participantes en una situación conflictiva a su resolución, que se expresa en un acuerdo consistente en una solución mutuamente aceptable y estructurada de manera que permita, de ser necesario, la continuidad de las relaciones entre las personas involucradas en

¹⁶ Para uma análise mais aprofundada sobre esse tema, consulte-se, na doutrina italiana: Troisi, B. *La mediazione*. Milano: Giuffrè Editore, 1995, e na doutrina brasileira: Carvalho Neto, A. *Contrato de mediação*. São Paulo: Saraiva, 1956.

¹⁷ Quirosa, M. C. de la C. *Manual teórico práctico de mediación y conciliación*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1999, p. 21.

¹⁸ Haynes, J. M. *Fundamentos de la mediación familiar*. Madrid: Gaia, 1995, p. 11.

el conflicto”.

Catarina Araújo Ribeiro¹⁹, no direito português, acerca do conceito de mediação, assim se expressa:

A Mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, informal, confidencial, voluntária e de natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um Mediador a encontrarem, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe.

Susana Figueiredo Bandeira²⁰, também no direito português, assim conceitua:

A Mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de natureza privada, informal, confidencial, não adversarial, voluntário e de natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um Mediador que apenas assume o encargo de as aproximar, de as ajudar a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que entre elas emergiu.

A mediação é uma realidade multidisciplinar, reunindo, nos seus princípios, conhecimentos a vários níveis, de Direito, Psicologia, Sociologia, no fundo de todas as ciências sociais e humanas, daí ser a Mediação tão rica e eficaz na resolução de litígios, e, por causa disso, acolhida já por inúmeros ordenamentos jurídicos.

Nesse conceito, a autora coloca a mediação como sendo facultativa e não obrigatória, porquanto afirma tratar-se de método voluntário, ou seja, de um agir espontâneo, derivado da vontade das próprias partes, não havendo imposição de quem quer que seja.

Elena I. Highton e Gladys S. Álvarez²¹, acerca do conceito de mediação, assim se manifestam:

La mediación es un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable. Constituye un esfuerzo estructurado para facilitar la comunicación entre los contrarios, con lo que las partes pueden

¹⁹ Ribeiro, C. A. Julgados de paz e a desjudicialização da justiça: uma perspectiva sociológica. In: *Julgados de paz e mediação: um novo conceito de justiça*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade Direito, 2002, p. 38.

²⁰ Bandeira, S. F. A mediação como meio privilegiado de resolução de litígios. In: *Julgados de paz e mediação: um novo conceito de justiça*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade Direito, 2002, p. 116.

²¹ Highton, E. I.; Alvares, G. S. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 1

voluntariamente evitar el sometimiento a un largo proceso judicial - con el desgaste económico y emocional que éste conlleva - pudiendo acordar una solución para su problema en forma rápida, económica y cordial.

Roque J. Caivano, Marcelo Gobbi e Roberto E. Padilla²², ao discorrerem sobre o conceito de mediação, afirmam que se tem caracterizado "[...] sencillamente como una 'negociación asistida'. Com algo más de detalle podríamos describirla como un método de gestión de conflictos en el que uno o más terceros imparciales asisten a las partes para que éstas intenten un acuerdo recíprocamente aceptable. Al carecer de autoridad para dirimir la controversia, el mediador debe aplicar una serie de técnicas destinadas a superar las barreras de comunicación".

Marco A. Rufino²³, a respeito do conceito da mediação, na jurisprudência argentina, apresenta a seguinte decisão: "[...] Se há definido a la mediación como un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable. - Del dictamen DeI fiscal de Cámara - (CNCiv., sala H, 27/10/97-Aguero, Mario O. c. Gilberto, Cláudio A.). ED, 179, p. 506".

A mediação é um meio extrajudicial de solução de conflitos de interesses. Tem caráter confidencial²⁴, e a responsabilidade pela construção das decisões quanto à solução cabe às partes envolvidas.

Conceituar a mediação não é tarefa simples, porquanto ela tem aplicação em diversas áreas do conhecimento²⁵ e até mesmo dentro do próprio direito. Na seara da educação, por exemplo, fala-se também em mediação²⁶, assim como na esfera da psicologia. A mediação, no âmbito do direito, quanto à sua incidência, ao contrário do que se possa pensar no primeiro momento, a nosso ver, não é cabível somente em *direitos disponíveis* e *patrimoniais*. Tem ela aplicação até mesmo em *direitos indisponíveis* e *não patrimoniais*. A doutrina sustenta a sua possibilidade em

²² Caivano, J. R.; Gobbi, M.; Padilla, R. E. *Negociación y mediación instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1997, p. 209-210.

²³ Rufino, M. A. *Mediación y conciliación según jurisprudencia legislación*. Buenos Aires: Adhoc, 1999, p. 21.

²⁴ Alguns também inserem um caráter facultativo. No entanto, defende-se no presente trabalho caráter obrigatório.

²⁵ A mediação, como afirma Susana Figueiredo Bandeira "[...] é uma realidade multidisciplinar, reunindo, nos seus princípios, conhecimentos a vários níveis, de Direito, Psicologia, Sociologia, no fundo de todas as ciências sociais e humanas, daí ser a mediação tão rica e eficaz na resolução de litígios, e por causa disso, acolhida já por inúmeros ordenamentos jurídicos" (A mediação como meio privilegiado de resolução de litígios. In: *Julgados de paz e mediação: um novo conceito de justiça*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade Direito, 2002, p. 116).

²⁶ Cf.: Afonso, C. Q. *Fica sem resposta o que os livros dizem: a mediação na perspectiva da pedagogia histórico-crítica*. (COleção Magistério: Formação e trabalho pedagógico). Campinas: Papirus, 1996

matéria de direito de família²⁷⁻²⁸, direito ambiental, direito penal²⁹, direito do consumidor³⁰, conflitos empresariais³¹, entre outros. Assim, elaborar um conceito estrito, preciso, é tarefa quase impossível.

Talvez em razão disso, com efeito, na doutrina não há uniformidade de tratamento quanto ao seu conceito. Este varia conforme o momento em que a mediação é realizada (extraprocessual e endoprocessual)³² e até mesmo conforme a maneira de o mediador agir para a solução dos conflitos de interesses (podendo apontar ou não solução). A mobilidade e o modo de agir do mediador, no procedimento da mediação, poderão influenciar na conceituação.

Como anunciado, a mediação será tratada somente sob o enfoque de um *equivalente jurisdicional*. Será vista como um meio alternativo de solução de conflitos de interesses. É um meio autocompositivo de conflitos de interesses, uma vez que a solução deste é alcançada pelas próprias partes.

²⁷ Cf.: Serpa: M. de N. *Mediação de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998; Grunspun, H. *Mediação familiar*. o mediador e a separação de casais com filhos. São Paulo: L Tr, 2000; Haynes, J. M.; Marodin, M. *Fundamentos da mediação familiar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996; Yanieri, A. A. *Mediación en el divorcio: alimentos y régimen de visitas*. Buenos Aires: Juris, 1994; Haynes, J. M. *Fundamentos de la mediación familiar*. Madrid: Gaia, 1995; Schnitman, D. F.; Schnitman (Compiladores). *Mediación: resolución de conflictos*. Buenos Aires: Granica, 2000; Rios, P. L. *Mediação familiar: estudo preliminar para uma regulamentação legal da mediação familiar em Portugal*. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.net/estudos/mediacaofamiliar.pdf>>. Acesso em 25 fev. 2002; Farinha, A. H. L.; Lavadinho, C. *Mediação familiar e responsabilidades parentais*. Coimbra: Almedina, 1997.

²⁸ A respeito dessa matéria - mediação familiar - na Espanha foi aprovada a Ley 1/2001, de 15 de marzo, de *mediación familiar de Catalunya*, a Ley 4/2001, de 32 de mayo, de *mediación familiar de Galicia*, e Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la *mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana*.

²⁹ Cf.: Costa, J. de F. *Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos?* Coimbra: Almedina, 1986; Highton, E. 1.; Álvares, G. S.; Gregorio, C. G. *Resolución alternativa de conflictos y sistema penal: la mediación penal y los programas víctima-victimario*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998; Maier, J. B. J. *Resolución alternativa de conflictos penales Mediación de conflicto: pena y consenso*. Buenos Aires: Dei Puerto, 1999.

³⁰ Ada Pellegrini Grinover, tratando das controvérsias submetidas com mais freqüência aos Conselhos ou Juizados de Conciliação, dentre outras, aponta a relativa à defesa do consumidor (Grinover, A. P. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: Grinover, A. P.; Dinamarco, C. R.; Watanabe, K. (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1988, p. 291).

³¹ Cf.: Benítez, P. C. *La mediación en conflictos comerciales*. Disponível em: <http://www.aryme.com/documentacion/esp/adobe_pdf/ensayos/mediacion_empresarial_pedro_carulla.pdf>. Acesso em: 17 out. 2002; Benítez, P. C. *La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales*. Disponível em: <www.aryme.com/documentacion/esp/adobe_pdf/ensayos/mediacion_empresarial_pedro_carulla.pdf>. Acesso em: 17 out. 2002.

³² Entende-se que a mediação seja sempre extraprocessual, pois, como meio alternativo que é, jamais poderia sê-lo no curso do processo (*rectius* = procedimento). Se é um meio alternativo ao processo, como método de solução dos conflitos de interesses, não se compreende que a mediação possa ser endoprocessual. Contudo, registre-se que há quem defenda a mediação endoprocessual.

São as partes, por si sós, que chegam a uma solução, amigavelmente. Consiste ela numa *técnica*, num *método* para solução de conflitos de interesses. Nesse método, no entanto, há a presença de um terceiro, chamado de mediador, imparcial e neutro, que nada decide. O mediador age no sentido de aproximar as partes, mostrando a elas o que é a mediação, as suas vantagens, auxiliando-as no sentido de que encontrem a melhor solução³³. O terceiro, assim, funciona como um catalisador, ou seja, tem a finalidade de imprimir, na busca de solução do conflito pelas partes, maior velocidade em suas reações, sem que se altere o processo entre elas.

Entende-se que o mediador não tem que sugerir a solução para as partes. Elas é que deverão, dentro do contexto que se estabeleça no decorrer da mediação, buscar a melhor alternativa para ambas. Há autores que sustentam o entendimento de que o mediador, além de desenvolver essa técnica de aproximação, também pode apontar eventuais soluções³⁴. Contudo, assim não se pensa, porquanto se entende que essa possibilidade - apontar soluções para as partes - é própria da conciliação e não da mediação.

O procedimento de mediação implica, como já dito, a intervenção de uma terceira pessoa imparcial, que guia as partes, estabelece a comunicação entre elas, para que encontrem por si mesmas a base do acordo, que porá fim ao conflito. Trata-se de uma atividade prática, destinada a facilitar o diálogo com o objetivo de redefinir e resolver os pontos divergentes, como uma forma de atribuir aos próprios protagonistas do conflito a tomada de decisões a seu respeito. Para além do acordo em certos tipos de mediação, por exemplo familiar, também se visa melhorar a relação entre as partes envolvidas. A mediação, aqui, não só procura solucionar o conflito de interesses existente, mas também estabelecer uma convivência harmônica no futuro. Aí reside uma das grandes vantagens da mediação.

É a forma mais popular de solução alternativa de conflitos de interesses. É um processo de solução vocacionado para uma comunicação mais efetiva e mecanismos de negociação.

Na mediação, depois de se alcançar um acordo, por natureza, favorável a ambas as partes³⁵, estão reunidas condições para que se mantenham as relações que as unem, sejam elas de caráter familiar,

³³ Como ensina Susana Figueiredo Bandeira, "O Mediador é apenas um facilitador do diálogo e da autocomposição que as partes desejam, ao tentarem chegar ao acordo, e se é certo que nenhuma das partes 'perde', na realidade, pode-se dizer até que, na Mediação, ambas 'ganham'" (A mediação como meio privilegiado de resolução de litígios. In: *Julgados de paz e mediação: um novo conceito de justiça*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade Direito, 2002, p. 116).

³⁴ *ct.*: Ruprecht A. *Conflitos coletivos de trabalho*. Tradução: José Luiz Ferreira Prunes. São Paulo: L Tr, p. 212; Deveali. *Derecho sindical y de previsión social*. 3. ed. Buenos Aires: 1954, p. 209; Garcia, A. *Curso de derecho dei trabajo*. 4. ed. Barcelona: 1973, p. 476.

³⁵ Tem-se, aqui, a teoria do *ganha/ganha*.

comercial ou obrigacional.

É um processo de solução de litígios em que uma pessoa com formação específica em mediação ajuda as partes envolvidas em um conflito a chegarem a um acordo acerca do modo como irão solucioná-lo. O mediador, ao contrário de um juiz estatal ou de um árbitro, não decide sobre o conflito de interesses.

A mediação é um *processo não-adversarial* de solução de conflitos de interesses. A experiência tem demonstrado em diversos países, nomeadamente na Argentina, que na mediação os adversários convertem-se em colaboradores e a equação não é um perde/outro ganha, porquanto as duas partes ganham. Desse modo, devemos reconhecer que não existe melhor decisão do que a vontade das próprias partes.

Não se pode perder de vista que a mediação é entendida também como um *procedimento*. Aliás, é justamente nessa vertente que se pretende ver inserida a mediação em nosso país. Voltando à mediação vista como um procedimento, Luís Alberto Warat³⁶ expressa seu conceito no seguintes termos:

Entiendo la mediación en el derecho, en una primera aproximación como un procedimiento indisciplinado de auto-eco-composición asistida de los vínculos conflictivos con el otro en sus diversas modalidades.

Uma vez fixado o seu conceito, o referido autor³⁷ passa a elucidá-lo: *Es un procedimiento, en la medida en que responde a determinados rituales, técnicas, principios y estrategias, que en nombre de la producción de un acuerdo intentan revisitar, psicosemíoticamente, los conflictos para introducir una novedad en los mismos.*

Continuando na análise de seu conceito, para tomá-lo compreensível, esclarece:

La mediación es, en segundo lugar, indisciplinada por su heterodoxia, puesto que del mediador se exige que sepa moverse entre teorías, sin la obligación de defender un feudo intelectual o la ortodoxia de una capilla de clase o de saber.

[...]

La autocomposición de los procedimientos de mediación es asistida porque se necesita siempre la presencia de un tercero imparcial, aunque implicado, que ayude a las partes en su proceso de asumir 'los riesgos' de su autodecisión transformadora del conflicto. Lo que se busca con la

³⁶ Warat, L. A. Mediación, el derecho fuera de las normas: para una teoría no normativa del conflicto. *Scientia Iuris - Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina*, v. 1, n. 1, p. 4, jul./dez. 1977.

³⁷ Idem, *ibidem*, p. 5, 6 e 8.

mediación, que es un trabajo de reconstrucción simbólica, imaginaria e sensible de producción de diferencias que permitan superar las divergencias, lo que exige siempre la presencia de un tercero que cumpla las funciones de un terapeuta emocional.

[...]

El proceso es de autocomposición en la medida en que son las mismas partes de un conflicto las que tratan de llegar a la producción, con el otro adversario, de una diferencia que pueda recomponer, a través de una mirada interior, los ingredientes afectivos, jurídicos, patrimoniales o de otros tipos y generar, así, lo nuevo en el conflicto.

[...]la mediación es una forma ecológica de autocomposición en la medida en que al procurar una negociación transformadora de las divergencias, facilita una considerable mejoría en la calidad de vida.

Para nós, mediação é um procedimento autocompositivo extraprocessual, consistente num método alternativo de solução de conflitos de interesses, dotado de técnicas, desenvolvido anexo ao Poder Judiciário, de forma obrigatória, como requisito para o ajuizamento de futura e eventual ação judicial, com a interferência de um terceiro, imparcial e neutro. A este cabe restabelecer o canal de comunicação entre as partes, a fim de facilitar uma negociação entre elas, para que possam, por si sós, chegar a um acordo a ambas favorável, não podendo, o mediador, sugerir, propor ou impor nenhuma decisão a respeito da controvérsia.

Trata-se de um *procedimento*, uma vez que responde a determinados ritos, ou seja, aponta as formas a que está subordinado o cumprimento dos atos e trâmites previstos na legislação, com vistas a obter um resultado. Descreve, em verdade, o comportamento a ser observado, o modo como se deve proceder.

Também consiste a mediação num *método*, que aponta o caminho pelo qual se atinge um objetivo.

Cuida-se, também, de uma *técnica*. Nessa técnica se prevê a maneira, o jeito ou a habilidade especial de executar a mediação, além de se incluírem estratégias e táticas para o desenvolvimento desse meio alternativo. Desde o primeiro contato entre as partes e o mediador, durante o desenvolvimento do procedimento da mediação, e até a conclusão dos trabalhos, é de extrema importância o emprego de técnicas, com a finalidade de facilitar a comunicação, a identificação dos interesses antagônicos e as possíveis opções para solução do conflito de interesses. Um ambiente adequado, agradável, no seu aspecto físico e geográfico, e o primeiro contato com as partes, a maneira de introduzir o diálogo, são fatores que, se utilizadas técnicas próprias, facilitarão, em muito, não só o desenvolvimento de todo o procedimento da mediação, mas, sobretudo, o alcance de resultados profícuos. A técnica da preparação de uma agenda organizada,

com propósitos bem delineados, favorece, igualmente, a condução dos trabalhos. Com a utilização dessas técnicas, que parecem simples, cria-se um contexto psicológico extremamente favorável ao procedimento da mediação como um todo.

Por fim, não é demais lembrar que todo ser humano busca evitar o sofrimento, procurando o prazer. O conflito de interesses gera um sofrimento, o qual deixa de existir tão logo a solução seja atingida, pois nesse momento, se restabelece o prazer. E o prazer será ainda maior se o conflito de interesses for solucionado por um método não-adversarial, posto que, nesse caso, ambas as partes, de comum, encontraram a solução. O prazer, aqui, é mútuo, já que ambas as partes saíram ganhando. A solução não foi imposta por um terceiro. Neste caso, somente uma das partes teria alcançado o prazer, permanecendo a outra com o sofrimento, pois a decisão ditada poderia não ter sido aceita.

4. MEDIAÇÃO NAS QUESTÕES DE FAMÍLIA

Por sua vez, nas *questões de família*, que envolvem separação e divórcio, por exemplo, a mediação é de extrema utilidade, conveniência, proveito e vantagens para as partes. É de se observar que a simples instauração de um processo judicial nessa seara de conflitos é suficiente para a exaltação e acirramento dos ânimos para a disputa. O ajuizamento da petição inicial toma a forma de uma autêntica "declaração de guerra" - a partir de então só se fala em ganhar ou perder, o estresse e o sofrimento são inevitáveis e a marcas indeléveis. A questão sempre dolorosa de uma separação ou divórcio estará definitivamente registrada nos anais do Judiciário, o que a ninguém beneficia. E isto é tão verdade que o legislador de 1946 bem previu e quis evitar essa situação de desconforto e prejuízo emocional quando da edição da Lei n. 968, onde o juiz, antes de despachar a petição inicial, logo que esta lhe seja apresentada deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, e, caso obtido um acordo, o mesmo será anotado na própria petição inicial, *que será devolvida ao autor*, mandado cancelar a distribuição, resultando em que nada conste nos arquivos do Poder Judiciário.

Em nossa proposta do procedimento mediação, diante da situação de desentendimento conjugal, onde se tenciona a separação ou o divórcio, o casal fica obrigatoriamente "convidado" a sentar-se diante do mediador, numa mesa redonda, cuja figura neutra e imparcial, de pronto se diferencia da imagem austera e intimidadora do Juiz, quando então, sob o resguardo da *confidencialidade (princípio da publicidade restrita ou sigilo)* ambos partirão em busca de uma solução que potencialize as condições mais favoráveis e minimize o desgaste e o prejuízo.

Wilson José Gonçalves, em tese de doutorado apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), sob a orientação de Maria Helena Diniz, aborda o tema de forma incisiva:

A mediação na seara do direito e família tende a encontrar um profícuo terreno fértil, uma vez que viabiliza soluções do conflito. Ou mesmo, pode detectar o seu início e dizimá-lo por profissionais que estejam próximos aos fatos e à vida do casal. Sem contar que as resoluções e o restabelecimento da paz efetiva-se num tempo mais rápido, obtendo-se um menor desgaste nas relações familiares e, principalmente, evitando traumas quando há filhos.

[...]

Por tais características a mediação familiar vem reforçar as tendências atuais em permitir uma realização de justiça nesse campo, pois propicia um diálogo sem bloqueio, verdadeiro entre as partes, cada qual confiando seus motivos e razões aos mediadores, como maior autenticidade e abertura para negociação de propostas e contrapropostas, podendo atingir um consenso satisfatório.

A mediação imbuída desse espírito, que se pauta pela mais absoluta informalidade e simplicidade dos procedimentos das decisões em que soluções não são impostas mas negociadas entre as partes, por autocomposição, elimina em grande parte os traumas gerados por decisões judiciais.

*Dessa forma, a mediação no âmbito do direito de família poderia ser instituída de modo a se transformar em condição **sine qua non** ao ajuizamento de qualquer ação dessa natureza, sem retirar o mérito da conciliação promovida pelo magistrado. O que viabilizaria uma reflexão mais profunda e detalhada, evitando o volume grande de ações que são propostas e que se findam por vontade das partes, exatamente por se terem iniciado de forma imatura.*

[...]

Esse espaço representa uma abertura no monopólio estatal da jurisdição. O que permite um acesso facilitado para compor soluções da regularização dos conviventes, uma vez que o Judiciário, nos moldes como se apresenta hoje, significa um poder, via de regra, traumático para quase a totalidade das questões que envolve a família.

O Judiciário representa uma decisão de fora para dentro, que deve ser aceita. Nos meios não judiciais a solução surge de dentro para fora e deve ser aceita pelo envolvidos, uma vez que foram eles que buscaram, em seu meio uma solução para o conflito. Incentivar que as questões privadas sejam resolvidas nessa esfera, significa, além de uma economia de tempo e dinheiro do Poder Público, uma solução com maior aceitação e eficácia social³⁸

³⁸ Gonçalves, W. J. *União estável e as alternativas para facilitar a sua conversão em casamento*. São Paulo: s.e., 1998, p. 152-154.

5. MEDIAÇÃO E AÇÕES DE ESTADO

Em se tratando de *ações de estado*, ao contrário do que prescrevem os textos da *lei argentina* e do *projeto de lei da Escola Nacional da Magistratura*, entende-se e concebe a mediação obrigatória nos casos de separação judicial, divórcio e guarda dos filhos³⁹.

Ora, a exemplo do que acontece no direito americano, com a adoção do chamado “divórcio multidimensional”⁴⁰ dá-se por pacífica a conscientização das limitações, restrições ou insuficiências da lei e do processo tradicional para dirimir conflitos conjugais e disputas pela guarda de filhos. Nesse sentido, tais questões recebem um tratamento holístico, onde se conjugam a lei, a psicologia e a sociologia, de forma a ultrapassar e transcender a frieza e rigidez dos comandos normativos. Afinal, trata-se de questões essencialmente humanas, que, por conseguinte, prescindem de um tratamento humanístico⁴¹. É nesse contexto que surge a figura do mediador a propugnar pela busca de um entendimento, de um consenso, de uma negociação, em detrimento da utilização direta do processo judicial propriamente dito, que aqui deve ser considerado como a última *ratio*. Isso pelas razões de seu alto custo, de sua morosidade, sem contar, principalmente, com o espírito de animosidade, de “briga”⁴², que a “arena

³⁹Art. 9º. No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”.

⁴⁰ “As últimas décadas propiciaram um avanço em estudos psicológicos. A ciência criança, como é chamada a Psicologia, passou a ser instrumento de auxílio para elementos de famílias em desajuste, mas o divórcio, propriamente dito, permanece visto por profissionais da saúde mental como um processo legal, além do contexto terapêutico. Ao mesmo tempo, profissionais do direito conscientizam-se cada vez mais, das limitações da lei, para tratar dos conflitos entre cônjuges, e vêem, na psicoterapia, um recurso de primeira linha, para a resolução de disputa. A teoria do *divórcio* movimentou também estudos sociológicos. De uma *visão* dimensional, como um processo legal, expandiram o divórcio para uma *visão* mais integrada, como um processo multidimensional, que demanda o envolvimento de ambas as matérias, legal e psicológica, além da Sociologia” (Serpa, M. de N. .. *Mediação de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 22).

⁴¹ Aliás, como sustenta a psicóloga Angela Oliveira, *deve-se* lembrar que os separandos ou divorciandos são seres humanos em sofrimento, sendo muito difícil o comportamento como *seres humanizados*. (Oliveira, A. *Mediação familiar: método para reorganização e humanização de vínculos da família na separação/divórcio*. In: Oliveira, A. (Coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: L Tr, 1999, p. 136).

⁴² Talvez não seja por outra razão que, no passado, autores de nomeada, como é o caso de Unger, conceituavam o *direito de ação* como um direito em pé de guerra, reagindo contra sua ameaça ou violação. Cf., a propósito: Santos, M. A. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 148. Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho, a propósito do assunto, afirma: “Unger compara a ação ao direito *em pé de guerra*, no saio marcial, em oposição ao direito em estado de paz, na toga” (*Curso de direito processual civil*. 8. ed. anotada, corrigida e atual. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1, p. 144).

judicial”⁴³ suscita, o que só faz afastar o escopo precípua do processo, que é a pacificação social⁴⁴.

Por outro lado, a ausência dessa consciência da importância de uma "negociação”⁴⁵ constitui-se na primordial barreira para a resolução do litígio ou do conflito em si. Ora, como se alcançar uma solução pacífica partindo-se de premissas “bélicas”, tais como a agressividade, os ataques pessoais, o desprezo pela parte contrária, ao invés de se procurar a empatia, a qual demanda a tendência de se colocar na posição do "outro", de tentar sentir como se estivesse na situação do outro? Não há como se alcançar a paz despido de um comportamento ou atitudes pacíficas - fórmula já concebida pelo consagrado e genial Albert Einstein: “Não é sábio pretender obter resultados distintos aplicando-se o mesmo comportamento”, bem como por um conhecido ditado popular inglês: “the more you do what you've always done, the more you get what you've always got”⁴⁶. Torna-se mesmo despidendo citar gênios e provérbios para se concluir que a solução pacífica de qualquer litígio é sempre o melhor caminho. Todavia, novamente lembramos Einstein, sem dúvida um dos maiores ícones do raciocínio lógico e analítico, e isso não somente no universo matemático, mas também no das relações humanas, quando sustenta que *a paz não pode ser defendida pela força, só pode ser alcançada através do entendimento. Nossa ânsia pelo entendimento é eterna.*

Tudo isso para reforçar a noção ou o entendimento de que a busca pela mediação deverá, sempre que possível, preceder o processo judicial⁴⁷.

⁴³ “Existe a crença de que quando dois lados opostos se confrontam na arena judicial, cada lado apresentando sua própria versão dos fatos, a verdade será revelada e a justiça será servida” (Serpa. M. de N. *Mediação de família*. Belo Horizonte: DeL Rey, 1998. p. 68).

⁴⁴ Cf.: Dinamarco, C. R. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 159-167, quando trata dos *escopos sociais* do processo.

⁴⁵ Entendida, aqui, como mediação assistida.

⁴⁶ “Quanto mais você faz o que você sempre fez, mais você obtém o que sempre obteve”. (Tradução livre).

⁴⁷ Não se deve olvidar que, no desenvolvimento do processo judicial, como lembra Angela Oliveira, o advogado usa de “[...] estratégias legais que muitas vezes fomentam o litígio, no legítimo dever da melhor defesa ao seu cliente”. Essa mesma autora, na continuidade, afirma, com muita propriedade, que “A solução judicial pode resolver o processo, mas não interrompe a demanda nem tampouco o deslocamento sintomático a novas lides, durante o procedimento principal, por lides marginais, ou pelas várias revisionais, ao longo de anos”. A aludida autora vai mais longe, ao expor: “[...] é necessário uma leitura que extrapole o âmbito legal e permita uma compreensão mais abrangente e humanizada, que inclua o sofrimento e outros aspectos emocionais e interrelacionais. [...] Mais do que um outro meio de solução de controvérsias, ventilado na mídia como alternativa mais rápida ao judiciário, inegavelmente sobrecarregado e estatisticamente incapaz de processar a projetada demanda do futuro, a mediação tem que ser ressaltada como uma mudança paradigmática e ser promovida como a cultura de humanização de vínculos e de pacificação social, sejam estes na separação e divórcio, ou em qualquer outro contexto” (Mediação familiar: método para reorganização e humanização de vínculos da família na separação/divórcio. In: Oliveira, Â. (Coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTr, 1999, p. 138-140).

Não se pode esquecer, em momento algum, que a predisposição para negociar deve ser permanente, tanto para o advogado quanto para a partes, incluindo terceiros sujeitos no processo. Cabe principalmente ao advogado o legítimo procurador dos interesses das partes, roborar pelo seu efetivo alcance e concretude, pois não é outro o comando que deflui do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, nitidamente resplandecendo no *caput* de seu art. 2º e parágrafo único, inc. VI⁴⁸.

Na grande maioria da vezes, lamentavelmente, o próprio advogado figura como o principal obstáculo à realização da solução do conflito pela via alternativa ou mesmo judicial, quando, ao invés de buscar o consenso e a negociação, insiste em defender seu discurso legal e jurídico com o objetivo maior de derrotar o do outro e, ao final, brilhar como vitorioso na causa, enquanto nem sempre vitoriosas foram a paz ou a solução melhor para as partes⁴⁹⁻⁵⁰. Isso se deve à ausência de uma formação mais humanística, em que em lugar do estrito tecnicismo legal, fossem trabalhadas e estimuladas a noção e a busca por técnicas não-adversariais. Ora, nem sempre o discurso legal do advogado corresponde ou reflete, com autenticidade, o interesse real de seu cliente, e é nesse descompasso que se verifica, muitas das vezes, o triunfo da lei em detrimento da própria justiça em si⁵¹. E daí advém a ácida

⁴⁸ "Art. 2º. O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade de seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce. Parágrafo único. São deveres do advogado: [...] VI - estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo sempre que possível a instauração de litígios."

⁴⁹ Fernando da Costa Tourinho Filho, noutro contexto (Do Ministério Público, *Natureza de sua funções*), mas que tem inteira aplicação no raciocínio que ora se desenvolve, traz interessante lição que merece ser aqui transcrita: "O Ministério Público é o representante da lei. E a encarnação do espírito da lei. E por que se diz isso? Responde Alcalá-Zamora: 'Lo que con ello se quiere significar más bien, es la objetividad e imparcialidad con que el Ministerio Público *deve* actuar'. De fato, a verdadeira norma de conduta de um Promotor não é a de *converter* a desgraça alheia em pedestal para os seus êxitos e 'cartaz para a sua vaidade'. 'No: la verdadera norma de conduta de un Fiscal (Promotor) debe ser la de comportarse como un Juez". (*Proceso penal*. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 302).

⁵⁰ É sabido que "os advogados cultivam mais a postura litigiosa do que a consensual" (Trecho da Exposição de Motivos do Anteprojeto de Lei sobre a mediação no processo civil do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Escola Nacional da Magistratura).

⁵¹ E é nesse foco que se destaca a *observação* de Corinne M. Davis: "O estilo informal da mediação permite às partes discutirem seus conflitos usando um discurso não-legal. O'Barr e Conley examinaram os efeitos do uso de um discurso legal (dedutivo, testando alguma hipótese) *versus* um discurso não-legal (indutivo, conversacional). Chegaram à conclusão que embora a satisfação do litigante possa ser maior, a efetividade do discurso não-legal no ambiente legal era menor. Isto se dá ao fato de os agentes legais (juízes, advogados e mediadores) estarem treinados a usar *um* discurso legal e casos apresentados num discurso não-legal serem menos convincentes para estes agentes. Então, argumentam que a estrutura informal da mediação pode prover mais satisfação para o litigante, dado que os litigantes podem usar um discurso não-legal, mas que pode ultimamente ser uma desvantagem na apresentação do caso a um agente legal" (Pequenas causas e assistência

indagação, ou seja, o que se alcançou efetivamente com o processo: alcançou-se a justiça? Fez-se a justiça? Pacificou-se o conflito? Ou mais uma vez foi fomentado o voraz mercado das causas jurídicas, onde impera o entendimento de que quanto mais atos se pratiquem no processo (requerimentos, audiências, incidentes, recursos, etc) maior será o retorno de ordem financeira para o seu operador, com absoluto desprezo pelas íntimas pretensões das partes e pelo interesse do Estado, que, afinal, é o legítimo patrocinador e prestador da tutela jurisdicional.

Tanto é flagrante esse contexto, que espocam as observações dos analistas jurídicos, tais como Alessandra Gomes do Nascimento Silva⁵², que aponta:

A primeira barreira que encontramos numa negociação difícil somos nós mesmos. É bastante árduo defrontar-se com um colega advogado que não tem a mínima noção do que vem a ser negociar. Chega a ser irritante ouvi-lo alardeando todas as medidas judiciais que poderá intentar, fazendo do encontro uma oportunidade para unicamente enfatizar o poder de sua tese jurídica. Isso sem falar nos ataques pessoais, a você e seu cliente. Esse tipo de ataque pessoal é a primeira coisa que deve ser esquecida pelo negociador como ferramenta. Não há como se chegar a uma solução negociada atacando as pessoas envolvidas no processo. Assim agindo só se conseguem a represália e a retaliação, não o acordo. [...] Nunca ignore que a negociação é um processo que envolve seres humanos. Ainda que esteja em jogo uma transação empresarial, são pessoas que estão ali sentadas em volta da mesa tentando chegar a um acordo.

Em face dessa realidade, o nosso entendimento e proposta são de que o germe dessa nova concepção jurídica deve partir das escolas ou academias de direito⁵³. Deveriam, obrigatoriamente, constar das suas grades curriculares, disciplinas tais que efetivamente delimitassem, de forma nítida, essas noções na formação do profissional do direito, em especial do advogado, no sentido da indeclinável valorização da harmonia social, acima de tudo.

jurídica: usos, transformações e adaptações na favela. In: *Balcão de direitos: resoluções de conflitos em favelas do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Mauad, 2001, p. 127).

⁵² Silva, A. G. do N. *Técnicas de negociação para advogados*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22-23.

⁵³ Nos EUA, por exemplo, essa preocupação ensinar e estudar a ADR não se limitou somente as faculdades de direito, mas também teve ensinância nas escolas secundárias e primárias (Highton, E. I.; Álvarez, G. S. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 152).

Nesse contexto, menciona-se a crítica elaborada por Cláudio Lemes Fonteles⁵⁴:

18. *De plano impõe-se a atenção à formação universitária do advogado.*
19. *As faculdades de direito deixam muito a desejar.*
20. *Em sua maioria entregues a “empresários do ensino”, fornecem - fornecem mesmo? - reduzidíssima aptidão profissional.*
[...]
22. *Os bons propósitos, todavia, conturbam-se com o excessivo número de alunos em sala de aula: 70; 80; 90; 100; e mais de 100 alunos numa única classe!!!*
[...]
25. *Hoje, o fraco ensino, teórico e personalista, desvirtua claramente o fundamental papel reservado a esses profissionais, como operadores de transformação social na linha de formação de sociedade autenticamente democrática”.*

Todavia, em que pese o exposto, não se pode afirmar que o nosso direito esteve totalmente alheio a essa forma de solução dos conflitos (autocomposição) na órbita do direito de família, se bem que se fala da *conciliação* e não em *mediação*. Quando do tratamento da *ação de separação judicial litigiosa* e de *alimentos*, previu a Lei n. 968, de 10 de dezembro de 1949⁵⁵, em especial no seu art. 1º, que “Nas causas de desquite litigioso e de alimentos, inclusive os provisionais, o juiz, antes de despachar a petição inicial, logo que esta lhe seja apresentada promoverá todos os meios para que as partes se reconciliem, ou transijam, nos casos e segundo a forma em que a lei permite a transação”. Também o Código de Processo Civil vigente não se mostrou afastado dessa possibilidade, tanto que no parágrafo único do art. 447⁵⁶ admitiu, em causas relativas à família, a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.

Nas *causas de família*, a mediação, principalmente nos processos de separação judicial e de divórcio, constitui-se em alternativa ao processo litigioso, quando as partes buscam encontrar, por si mesmas, as bases de uma transação duradoura e mutuamente aceitável, tendo em conta as necessidades e interesses não só dos cônjuges, mas, sobretudo, da própria família, em

⁵⁴ Fonteles, C. L. Posicionamento diante do Judiciário. In: Pinheiro, Pe. J. E.; Sousa Júnior, J. G.; Dinis, M.; Sampaio, P. de A. (Org.). *Ética, justiça e direito: reflexões sobre a reforma do Judiciário*. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 262-263.

⁵⁵ Estabelece a fase preliminar de conciliação ou acordo nas causas de desquite litigioso ou de alimentos, inclusive provisionais, e dá outras providências.

⁵⁶ “Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação”.

especial dos filhos, com o espírito de co-responsabilidade parental⁵⁷.

Com a mediação familiar, assim, as partes podem chegar a acordos seguindo suas próprias normas, ou nos termos em que elas decidam e aceitem a ajuda de uma pessoa neutra e sem capacidade para decidir, mas a serviço do alcance da melhor solução para todos.

Sendo a mediação um método não-adversarial de gestão de conflitos de interesses, onde figura um terceiro neutro - o mediador - com a função de ajudar as partes a negociar a partir de uma colaboração recíproca, conclui-se tratar de um excelente e eficaz método para solucionar querelas no âmbito familiar. Atenua o litígio, satisfaz as necessidades das partes, reforça a cooperação e o consenso, evitando o tremendo desgaste psico-emocional que de rotina acontece em tais contextos.

A mediação, além de buscar uma solução mutuamente aceitável, está estruturada de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito⁵⁸. Ora, se a mediação está assim estruturada, em se tratando de *direito de família*⁵⁹, mais do que em qualquer outra matéria ela se mostra mais apropriada como meio de solução do litígio. Nesses tipos de causas, por existir um forte vínculo de parentesco ou afetividade, mormente no que se refere aos filhos, essa continuidade nas relações das pessoas se constitui num louvável imperativo⁶⁰.

⁵⁷ A respeito da mediação no Direito de Família, cf.: Camps, M. M. M. I. *La aplicación de la mediación en el derecho de familia*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dfam0005.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2002; Esteve, E. G. C. de. *La mediación: una herramienta eficaz para la solución de 105 conflictos familiares*. Disponível em: <<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanamb-19.html>>. Acesso em: 26 dez. 2002; Ariza, G. dei V. *La mediación en la liquidación de bienes matrimoniales*. Disponível em: <<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanamb-21.html>>. Acesso em: 26 dez. 2002; Fonzoato, E. *La mediación en la liquidación de bienes matrimoniales*. Disponível em: <<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanamb-10.html>>. Acesso em: 26 dez. 2002; Pasquet, M. A. *La mediación familiar y 105 tribunales de familia*. Disponível em: <<http://www.netjuridica.com.br/artigos/mediacion.htm>>. Acesso em: 02 nov. 2002; Greco, S. E. V. y S. *Mediación familiar: familia y mediación*. Disponível em: <<http://www.mdp.edu.ar/psicologial/jomadalvecchi.htm>>. Acesso em: 02 nov. 2002; Barbosa, Á. A. Mediação familiar: uma nova mentalidade em direito de família. *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*, n. 58, set./dez. 1998, disponível em: <http://www.brasiljuridico.com.br/cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=3285598&advquery=media%e7%e30&infobase=revtdoutj_u_r58_nfo&record={2}&softpage=Doc_Fram_e_Pg42&x=48&y=10>. Acesso em: 29 dez. 2002.

⁵⁸ Nesse sentido, cf.: Haynes, J. M.; Marodin, M. *Fundamentos da mediação familiar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996, p. 11.

⁵⁹ Direito de família entendido, aqui, como o direito constituído pelo direito matrimonial, o direito do parentesco e o direito assistencial. Cf., a respeito: Gomes, O. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 2-3. Acrescente-se, ainda, o direito oriundo das relações estáveis e monoparentais, conforme preceitua o art. 226, §§ 3º e 4º, da CF/88.

⁶⁰ Como ensinam John M. Haynes e Marilene Marodin, a mediação é idealmente apropriada para os conflitos familiares. A essa conclusão, esses autores chegam após tecerem o conceito de mediação. Afirmam os citados autores: "A mediação é um processo no qual

Apesar de essa colocação parecer tão óbvia e clara, o nosso direito permanece ainda inerte à provocação que a mediação inspira, sendo que, mesmo considerando-se o avanço jurídico ilustrado pelo projeto de lei da Escola Nacional da Magistratura, as questões de família encontram-se excluídas do aconchegante agasalho oferecido pelo instituto da mediação. É o que vem cada vez mais reforçar a nossa proposta de urgência da humanização da tutela jurisdicional, principalmente no direito de família, traduzida na obrigatoriedade da aplicação da mediação como condição da ação.

Na Argentina, pela Lei n. 24.573, art. 2º, nº 2, foi afirmado que o procedimento da mediação obrigatória não se aplica às ações de separação, divórcio, nulidade de matrimônio, filiação e pátrio poder. Osvaldo Alfredo Gozaíni, comentando esse art. 2º, afirma que "La supresión en la ley de llevar a mediación estas cuetiones parece incongruente, toda vez que resulta uno de los campos más propicios para intentar el ensayo que se propone"⁶¹.

Mas, felizmente, não é o que ocorre no direito comparado. Na Espanha, a respeito da *mediação familiar*, encontram-se leis específicas, como é o caso da Ley n. 112001, de 15 de março, de *mediación familiar de Catalunã*, da Ley n. 2/2001, de 31 de maio, reguladora da mediação família, da Comunidade Autónoma de Galícia, e da Ley n. 7/2001, de 26 de novembro, normatizadora da mediação familiar, no âmbito da comunidade de Valência.

A Ley n. 1/2001, de *mediación familiar de Cataluña*, no Capítulo das disposições gerais, art. 1º, trata do *objeto*. Diz o texto da referida lei:

Artículo 1. Objeto.

1 La presente Ley tiene por objeto regular la mediación familiar como medida de apoyo a la familia y como método de resolución de conflictos en los supuestos que recoge la presente ley, para evitar la apertura de procedimientos judiciales de carácter contencioso y poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance.

uma terceira pessoa estranha - o mediador - auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final resolve o problema com uma solução mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito. Para resolver a disputa os participantes devem negociar uma solução e esta etapa já faz parte do processo das negociações. Como a resolução do problema envolve mais do que uma pessoa, a solução escolhida deve satisfazer *todos os participantes na disputa*. Os participantes devem negociar qual solução ou combinação de soluções são aceitáveis para todos. Por isso a mediação é idealmente apropriada para disputas familiares" (*Fundamentos da mediação familiar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996, p. 11).

⁶¹ Gozaíni, O. A. *Mediación y reforma procesal: la ley 24.573 y su decreto reglamentario*. Buenos Aires: Ediar, 1996, p. 55.

Em Portugal, atualmente, desenvolvem-se estudos preliminares para uma regulamentação legal da mediação familiar, consoante se constata do artigo intitulado *Mediação familiar*, de Paula Luca Rios⁶².

Entendendo ser a mediação cabível e altamente proveitosa no âmbito do direito de família, importante destacar que seria de ser introduzida nos estudos do bacharelado em direito como disciplina curricular obrigatória para a formação do advogado.

A esse respeito, confira-se:

La otra cuestión a tener en cuenta, es la predisposición de los abogados que asisten al requirente y al requerido en la etapa prejudicial de mediación. La formación del abogado en nuestras universidades está prevista, en general, para el litigio. Él es el experto que en el proceso judicial, de neto corte adversarial, mejor elabora la estrategia procesal para defender el derecho de su cliente frente al contrario. Y como la mediación es otra cosa, los protagonistas son los propios interesados y se trabaja sobre sus intereses, muchas veces sucede que el abogado, celoso protector de su cliente, pretende in voce frente al mediador, explicar los hechos como si se tratara de una demanda, frustrando así la espontaneidad del cliente y la búsqueda de sus verdaderos intereses. De allí, como señala Bianchi (1996, p. 162), el abogado deberá adaptarse a este nuevo entorno en el que puede encontrar muchas posibilidades de realización humana y profesional, donde con discreción y sin ceder un ápice de lo que conoce teórica y prácticamente, estará haciendo un aprendizaje de modestia y humanidad. Por eso dice Moore (1995, p. 181) que, en general, los abogados están adiestrados para desarrollar una defensa en relación con determinada solución o posición, y es posible que clasifiquen las alternativas de solución en términos de acertadas o equivocadas, o que formulen opciones en las cuales puede responderse por sí o por no. El éxito de la negociación depende, en cambio, de las decisiones basadas en la cooperación y la integración, más que en las alternativas que imponen rígidamente una elección en determinado sentido. Los mediadores pueden atenuar el antagonismo recibiendo a los abogados como asesores legales pero no como negociadores subrogados.

1.7. La necesidad del cambio de las pautas culturales

En realidad, se trata de una cuestión cultural y de educación, que debe comenzar en las universidades preparando al futuro abogado en técnicas no adversariales, para que limite su papel en la mediación al asesoramiento, cuando éste le es requerido, al control de la neutralidad del mediador y a que la solución a la que se arribe contemple adecuadamente

⁶² Cf.: Rios, P. L. *Mediação familiar*. estudo preliminar para uma regulamentação legal da mediação familiar em Portugal. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.net/estudos/mediacaofamiliar.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2002.

*los derechos e intereses de su cliente, conforme con la ley aplicable al caso*⁶³.

Na separação ou divórcio por órgãos do Poder Judiciário, *Comumente, o processo se inicia com um dos cônjuges procurando um advogado, dando seu relato do por quê querem se separar. São depoimentos vários, carregados de sentimentos de mágoas, raivas, dúvidas, medos, desejos não correspondidos, outros tantos a serem conquistados, ou ressarcidos, pela atuação do advogado. O impacto emocional do cliente e sua história atingem o advogado e o influenciam em condutas futuras, a saber da orientação jurídica e proposição de estratégias de ação. Ademais do fato de ser a separação um período altamente sofrido, este sofrimento é potencializado ao extremo pelo sistema jurídico. O sistema, conduzido pelas estratégias dos advogados e somado pelo formalismo dos procedimentos e pela sobrecarga dos processos que abarrotam os tribunais, tomando-se como referencial a experiência vivida pelos clientes (os separandos) no decorrer das ações, adiciona grande parcela de sofrimento à dor da separação, é responsável pelo aumento de litígio entre as partes e por seqüelas no futuro da família binuclear*⁶⁴.

As causas de família - separação judicial (consensual ou litigiosa) e divórcio - são de *jurisdição necessária*. Sendo de jurisdição necessária, como se falar, então, em procedimento de mediação para as mesmas? O procedimento prévio de mediação, pela nossa proposta, além de obrigatório, é anterior ao processo judicial. Então, como compatibilizar essas causas com o procedimento de mediação? O procedimento de mediação em tais casos funcionaria como um excelente meio, método eficaz, mecanismo preventivo, e até mesmo como um remédio para restabelecer a sociedade conjugal, logrando-se, porventura, uma reconciliação.

Havendo reconciliação, pacificou-se o conflito de interesses e, portanto, não há que se cogitar de processo judicial, felizmente. Assim, o procedimento de mediação teria funcionado como que verdadeira “medicina preventiva”. No entanto, pode ocorrer que as partes não pretendam se reconciliar, e acordem que a separação judicial não percorra o caminho da via litigiosa. Nessa hipótese, como ficaria o procedimento de mediação, posto que aqui também é indispensável a *jurisdição*, já que se trata de *jurisdição necessária*. Evidente que pela sistemática processual vigente, não há como compatibilizar referida situação. Assim, as partes deverão contratar

⁶³ Caleria, J. P.; Rojas, J. A. *Mediación obligatoria y audiencia preliminar*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, p. 13-14.

⁶⁴ Oliveira, A. Mediação familiar: método para reorganização e humanização de vínculos da família na separação/divórcio. In: Oliveira, Â. (Coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTr, 1999, p. 137

um advogado, o qual deverá reduzir o acordo que foi estabelecido por elas, na presença do mediador, e submetê-lo à homologação judicial, observando as exigências da lei processual civil. Observe-se que, mesmo nesse caso, o procedimento de mediação foi de extrema valia, pois, facilitou não só o trabalho do advogado, mas, também do juiz, e, de outro lado, a solução encontrada foi uma solução não-adversarial e harmônica, já que alcançada pelos próprios interessados e não imposta por terceiro.

A despeito dessa situação, crê-se também que é ora de se pensar a respeito da *jurisdição necessária* nas hipóteses de *separação judicial consensual* e *divórcio consensual*. Acredita-se não ser necessário ter que se submeter tal questão à apreciação do juiz estatal. Se as partes, com o auxílio do mediador, chegaram a um acordo, acredita-se perfeitamente na possibilidade de se documentar tal ato perante o próprio mediador, remetendo o termo de mediação ao cartório competente para os registros e averbações necessárias. Isso implicaria, de plano, em diminuição de despesa para o Estado e, também, de processos que tramitam perante o Poder Judiciário, que se convenha, faria melhor em manter-se fora de tais questões tão íntimas.

Aliás, vale a pena destacar os ensinamentos de Alfredo de Araújo Lopes da Costa⁶⁵, quando escreve sobre *os órgãos públicos da jurisdição voluntária*:

33. - Os feitos da chamada jurisdição voluntária estão distribuídos entre autoridades administrativas e autoridades judiciárias, sem embargo de sua natureza permanecer a mesma - administrativa.

O critério de distribuição é mais político do que jurídico. A prova está em que, por exemplo, em algumas legislações, como a do México, o expediente do desquite amigável corre perante o oficial do Registro civil enquanto em outras, como a nossa, a competência é de juiz.

A inserção da mediação em causas dessa natureza é, de maneira inquestionável, sinônimo de avanço social, maturidade legislativa e incremento na efetividade na pacificação social.

6. CONCLUSÕES

A sociedade contemporânea, crê-se não ser novidade para ninguém, vive em crise, cujos reflexos incidem direta e verticalmente sobre as instituições estatais. Em razão dessa crise, vive-se momento hiperdinâmico, de mudanças de paradigmas. É crise funcionando como corante para dar nova cor, nova vida e moldura ao quadro societário. Nessa mudança de

⁶⁵ Lopes da Costa, A. de A. *Dos processos especiais (a administração pública e a ordem jurídica privada)*. São Paulo: Sugestões Literárias, [19--], p. 71.

modelos observa-se que o Estado vem deixando de ser um *Estado administrador* para tornar-se num *Estado gerenciador*. Nessa contextualização, no campo da Justiça surge no horizonte a *mediação*. Esta, como meio alternativo e pacífico de solução de conflitos de interesses que é, não tem como alvo principal afastar a utilização do "processo judicial" e, tampouco, utilizá-lo como seu concorrente, mas, ao revés, ser sua aliada e prestar bem-vinda contribuição ao Poder Judiciário. Por isso mesmo, o procedimento da mediação deve ser incentivado e manejado ao lado do processo, agindo como um necessário *filtro* às incontáveis demandas que dele muito bem podiam prescindir, tudo no afã de se agilizar a paz social, com maior efetividade.

No "*processo judicial*", observa-se a teoria do *ganha/perde*, enquanto que na *mediação* tem-se a teoria do *ganha/ganha*. Naquele a solução é imposta, é adversarial, vem de fora para dentro. Nesta, ao invés, a solução é encontrada pelas próprias partes envolvidas no conflito de interesses, é não-adversarial, vem de dentro para fora. Na mediação não há perdedor, ou vencido, como sói acontecer no processo tradicional. A solução não-adversarial tem, sem sombra de dúvida, maior carga de efetividade, o que se deve ao seu espírito pacífico, simples e ágil, voltado para atender às esperanças fundadas nos supostos direitos dos envolvidos no litígio.

O conceito de mediação não guarda uma uniformidade na doutrina, até mesmo porque a mediação é uma palavra polissêmica, ou seja, uma palavra que tem muitas significações. Assim, ora encontra-se com o significado de *corretagem*, de *intermediação mercantil*, ora com o de *solução de conflitos de interesses*. Mesmo sob o enfoque de solução de conflitos de interesses, verificam-se discórdias dentro da doutrina, porquanto uns entendem que ela pode ser tanto *endoprocessual* quanto *extraprocessual*, ou que o mediador pode apresentar sugestões às partes, enquanto outros não admitem tais possibilidades. No entanto, verificam-se também muitos pontos convergentes, como, por exemplo, a *presença de um terceiro neutro* e que este *nada decide*. A nosso ver, a mediação é um *procedimento autocompositivo extraprocessual*, consistente num método alternativo de solução de conflitos de interesses, dotado de técnicas específicas e desenvolvido anexo ao Poder Judiciário. Tal procedimento será utilizado de forma obrigatória, como requisito para a propositura de ação judicial, e se desenvolverá mediante a presença de um terceiro imparcial e neutro, ao qual caberá restabelecer o canal de comunicação entre as partes, a fim de facilitar uma negociação entre elas, para que possam, por si sós, chegar a um acordo a ambas favorável, não podendo, o mediador, sugerir, propor ou impor nenhuma decisão a respeito da controvérsia.

A proposta de inserção do procedimento obrigatório prévio da mediação no ordenamento jurídico brasileiro, vislumbra semelhantes

resultados, ou seja, pretende-se oportunizar as soluções não-adversariais aos litigantes para que, de maneira simples, desembaraçada e sem custos, seja alcançada a paz entre as partes, dispensando, para isso, a forma lenta, emaranhada e onerosa oferecida pelo sistema vigente (lei processual e Poder Judiciário). Assim, antes de ajuizarem demanda perante o foro judicial, que as partes em controvérsia se permitam a chance de lograr êxito no desfecho da mesma, por intermédio de um acordo perante os órgãos mediadores.

Não obstante os notáveis resultados obtidos com a mediação, merecendo fulgurante realce as questões de família, ela não é passível de ser aplicada em todos os tipos de ação. Certas matérias, por se tratar de interesse público, não admitem o procedimento obrigatório prévio da mediação, devendo ser tratadas diretamente perante o Poder Judiciário. São elas: a) *causas de nulidade de matrimônio*, b) *causas de filiação e pátrio poder*; c) *quando figurar nos pólos da futura relação jurídica processual autor ou réu incapaz*; d) *ações declaratórias de incapacidade*; e) *juízos sucessórios*; f) *ações de retificações de registro público*; g) *processos de falência, de concordata e de insolvência civil*; h) *ações de imissão de posse, reivindicatória de bem imóvel e de usucapião de bem imóvel, estas, questões essencialmente patrimoniais, as quais, curiosamente, a princípio se apresentam como as mais favoráveis ou receptíveis ao instituto jurídico da mediação*, i) *ações das liberdades públicas* (remédios constitucionais): *habeas corpus, mandado de segurança* (individual ou coletivo), *mandado de injunção, habeas data*; e j) *tutelas de urgência*. Portanto, fora desse contexto, a mediação é bem-vinda e deve ser incentivada, pois seus resultados são de benefício comum à sociedade e ao Estado.

7. REFERÊNCIAS

AFONSO, C. Q. *Fica sem resposta o que os livros dizem: a mediação na perspectiva da pedagogia histórico-crítica*. (Coleção Magistério: Formação e trabalho pedagógico). Campinas: Papirus, 1996.

ARIZA, G. del V. *La mediación en la liquidación de bienes matrimoniales*. Disponível em: <<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-21.html>>. Acesso em: 26 dez. 2002.

BANDEIRA, S. F. A mediação como meio privilegiado de resolução de litígios. In: *Julgados de paz e mediação: um novo conceito de justiça* Lisboa: Associação Académica da Faculdade Direito, 2002.

BARBOSA, Á. A. Mediação familiar: uma nova mentalidade em direito de família. *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*, n. 58, set./dez. 1998, disponível em: http://www.brasiljuridico.com.br/cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=3285598&advquery=media%e7%e3o&infobase=r

evtjdfdtoutjur58.nfo&record={2}&softpage=Doc_Frame_Pg42&x=48&y=10>.

Acesso em: 29 dez. 2002.

BENITEZ, P. C. *La mediación en conflictos comerciales*. Disponível em: <http://www.aryme.com/documentacion/esp/adobe_pdf/ensayos/mediacion_empresa_pedro_carulla.pdf>. Acesso em: 17 out. 2002.

BENÍTEZ, P. C. *La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales*. Disponível em: <www.aryme.com/documentacion/esp/adobe_pdf/ensayos/mediacion_empresa_pedro_carulla.pdf>. Acesso em: 17 out. 2002.

CAIVANO, J. R.; GOBBI, M.; PADILLA, R. E. *Negociación y mediación instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1997.

CAMPS, M. M. M. I. *La aplicación de la mediación en el derecho de familia*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dfam0005.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2002;

ESTEVE, Elena García Cima de. *La mediación: una herramienta eficaz para la solución de los conflictos familiares*. Disponível em: <<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-19.html>>. Acesso em: 26 dez. 2002.

CARVALHO NETO, A. *Contrato de mediação*. São Paulo: Saraiva, 1956.

COLERIO, J. P.; ROJAS, J. A. *Mediación obligatoria y audiencia preliminar*. Buenos Aires: Rubinzal-Culsoni Editores, 1998.

COSTA, J. de F. *Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos?* Coimbra: Almedina, 1986.

CUNHA, J. S. Fagundes Cunha. *Questões controvertidas nos juizados especiais*. Curitiba: Juruá, 1997, p. 22.

DAVIS, C. M. Pequenas causas e assistência jurídica: usos, transformações e adaptações na favela. In: *Balcão de direitos: resoluções de conflitos em favelas do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Mauad, 2001.

DEVEALI. *Derecho sindical y de previsión social*. 3. ed. Buenos Aires: 1954.

DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993.

FARINHA, A. H. L.; LAVADINHO, C. *Mediação familiar e responsabilidades parentais*. Coimbra: Almedina, 1997.

FIUZA, C. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Dei Rey, 1995.

FONTELES, C. L. Posicionamento diante do Judiciário. In: PINHEIRO, Pe. J. E.; SOUSA JÚNIOR, J. G.; DINIS, M.; SAMPAIO, P. de A. (Org.). *Ética, justiça e direito: reflexões sobre a reforma do Judiciário*. Petrópolis: Vozes, 1996.

FONZOLATO, E. *La mediación en la liquidación de bienes matrimoniales*. Disponível em: <<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/a-10.html>>. Acesso em: 26 dez. 2002.

GARCIA, A. *Curso de derecho del trabajo*. 4. ed. Barcelona: 1973.

GOMES, O. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

- GONÇALVES, W. J. *União estável e as alternativas para facilitar a sua conversão em casamento*. São Paulo: s.e., 1998.
- GOZAÍNI, O. A. *Mediación y reforma procesal: la ley 24.573 y su decreto reglamentario*. Buenos Aires: Ediar, 1996.
- GRECO, S. E. Vecchi y Silvana. *Mediación familiar: familia y mediación*. Disponível em: <<http://www.mdp.edu.ar/psicologia/jornada/vecchi.htm>>. Acesso em: 02 nov. 2002.
- GRINOVER, A. P. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- GRUNSPUN, H. *Mediação familiar: o mediador e a separação de casais com filhos*. São Paulo: LTr, 2000.
- HAYNES, J. M.; MARODIN, M. *Fundamentos da mediação familiar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.
- HAYNES, J. M. *Fundamentos de la mediación familiar*. Madrid: Gaia, 1995.
- HIGHTON, E. I.; ALVARES, G. S. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.
- HIGHTON, E. I.; ÁLVARES, G. S.; GREGORIO, C. G. *Resolución alternativa de conflictos y sistema penal: la mediación penal y los programas víctima-victimario*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998.
- LINCK, D. *El valor de la mediación*. 1. ed. Buenos Aires: Ad-hoc, 1997.
- LOPES DA COSTA, A. de A. *Dos processos especiais (a administração pública e a ordem jurídica privada)*. São Paulo: Sugestões Literárias, [19--].
- MAIER, J. B. J. *Resolución alternativa de conflictos penales Mediación de conflicto: pena y consenso*. Buenos Aires: DeI Puerto, 1999.
- MARTINS, S. *Processo e direito processual: processos heterocompositivos*. Coimbra: Centelha, 1986. v. 2.
- OLIVEIRA, A. Mediação familiar: método para reorganização e humanização de vínculos da família na separação/divórcio. In: OLIVEIRA, Â. (Coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTr, 1999.
- OLIVEIRA, M. *A mediação de conflitos: a mediação é uma técnica de solução de conflitos rápida, ágil, flexível e particularizada a cada caso*. Disponível em: <http://www.gestaoerh.com.br/artigos/gead_030.shtml>. Acesso em: 27 set. 2002.
- PASQUET, M. A. *La mediación familiar y los tribunales de familia*. Disponível em: <<http://www.netjuridica.com.br/artigos/mediacion.htm>>. Acesso em: 02 nov. 2002.
- PONIEMAN, A. Advocacia: uma missão possível. In: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTr, 1999, p. 121.
- QUIROSA, M. C. de la C. *Manual teórico práctico de mediación y conciliación*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1999.

- RIBEIRO, C. A. Julgados de paz e a desjudicialização da justiça: uma perspectiva sociológica. In: *Julgados de paz e mediação: um novo conceito de justiça*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade Direito, 2002.
- RIOS, Paula Lucas. *Mediação familiar: estudo preliminar para uma regulamentação legal da mediação familiar em Portugal*. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.net/estudos/mediacaofamiJiar.pdf>>. Acesso em 25 fev. 2002.
- REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. anotada, corrigida e atual. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.
- RUFINO, Marco A. *Mediación y conciliación según jurisprudencia legislación*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999.
- RUPRECHT, A. *Conflitos coletivos de trabalho*. Tradução: José Luiz Ferreira Prunes. São Paulo: LTR.
- SANTOS, M. A. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SERPA, M. de N. *Mediação de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SILVA, A. G. do N. *Técnicas de negociação para advogados*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SILVA, C. M. F. da. *Arbitragem e conciliação. Presente e futuro. A situação em Portugal, Revisra de Processo*, São Paulo, n. 107, p. 203-221, jul./set. 2002).
- SCHNITMAN, D F.; SCHNITMAN (Compiladores). *Mediación: resolución de conflictos*. Buenos Aires: Granica, 2000.
- TOURINHO FILHO, F. da C. *Processo penal*. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 302.
- TROISI, B. *La mediazione*. Milano: Giuffre Editore, 1995.
- WARAT, L. A. *Mediación, el derecho fuera de las normas: para una teoría no normativa del conflicto*. *Scientia Iuris - Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina*, v. 1, n. 1, p. 3-18, jul./dez. 1977.
- YANIERI, A. A. *Mediación en el divorcio: alimentos y régimen de visitas*. Argentina: Juris, 1994.