



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



MEDIAÇÃO FAMILIAR: PRINCÍPIO, MEIO E FIM PARA A PACIFICAÇÃO DE
CONFLITOS

GUSTAVO HENRIQUE BAPTISTA ANDRADE

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
Área de Concentração: Direito Privado

Recife
2010

GUSTAVO HENRIQUE BAPTISTA ANDRADE

**MEDIAÇÃO FAMILIAR: PRINCÍPIO, MEIO E FIM PARA A
PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife - Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de Concentração: Direito Privado

Linha de Pesquisa: Transformações nas Relações Jurídicas Privadas e Sociais.

Grupo de Pesquisa: Constitucionalização do Direito Privado.

Orientadora: Profa. Dra. Fabíola Santos Albuquerque.

Recife
2010

Andrade, Gustavo Henrique Baptista

Mediação familiar: princípio, meio e fim para a
pacificação de conflitos / Gustavo Henrique Baptista
Andrade. – Recife : O Autor, 2010.
102 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade
Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2010.

Inclui bibliografia.

1. Mediação familiar - Pacificação de conflitos. 2.
Mediação - Resolução de conflitos - Meios. 3. Mediação -
Conciliação. 4. Mediação - Arbitragem. 5. Mediação -
Direito de família. 6. Conflito - Resolução. 7. Brasil. [Lei
da arbitragem (1996)]. 8. Conciliação - Arbitragem -
Brasil - Mediação. 9. Direito de família - Mediação -
Negócio jurídico. 10. Relações familiares - Brasil. I.
Título.

347.6(81)

346.81015

CDU (2.ed.)

CDD (22.ed.)

UFPE

BSCCJ2010

-023

Gustavo Henrique Baptista Andrade

MEDIAÇÃO FAMILIAR: PRINCÍPIO, MEIO E FIM PARA A PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco
PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre.

Área de concentração : Direito Privado

Orientadora: Dra. Fabíola Santos Albuquerque

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Professor Dr. José Luciano Góis de Oliveira (Presidente - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: José Luciano Góis de Oliveira

Professora Dra. Ágida Arruda Barbosa (1º Examinadora - USP)

Julgamento: Aprovado Assinatura: Ágida Arruda Barbosa

Professor Dr. Paulo Luiz Neto Lôbo (2º Examinador - UFAL)

Julgamento: Aprovado Assinatura: Paulo Luiz Neto Lôbo

Recife, 05 de fevereiro de 2010.

Coordenador Prof.º Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

A meus filhos Rodrigo e
Henrique, razão de tudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter concluído este projeto. Em seguida aos meus pais pelos ensinamentos, mais pautados em atitudes do que em palavras, mostrando-me que o amor é também uma sinfonia de silêncio e de luz. À minha família como um todo, pelo incentivo.

Na trilha para a consecução deste objetivo, percorrida durante os últimos dois anos, vivenciei as mais diversas experiências, todas enriquecedoras, nenhuma tão fundamental quanto o contato com meus colegas e professores. Além de fazer novas e preciosas amizades, tive a oportunidade de participar de inesquecíveis debates e calorosas discussões que duraram, muitas vezes, dias inteiros. Assim foram as aulas da minha orientadora, Professora Fabíola Santos Albuquerque, na disciplina Constitucionalização das Relações de Família. A ela agradeço a dedicação, a boa vontade, o fato de estar disponível sempre, mesmo quando deu à luz o pequeno Luiz.

Agradeço também à Professora Águida Arruda Barbosa, nome que se confunde com a própria mediação no Brasil, pelas valiosas contribuições e pelas agradáveis conversas que tivemos, não somente nas vezes em que estive consigo em São Paulo, Maceió e Recife, mas nos contatos permanentes via internet.

Um agradecimento especial ao Professor Paulo Luiz Netto Lôbo, cujas aulas de direito civil constitucional tive a satisfação de assistir na bela cidade de Maceió. Satisfação dupla, quer pelo cenário, quer pelo privilégio de compartilhar dos pensamentos de um mestre sempre à frente do seu tempo, exemplo de compromisso com a Academia.

A meus colegas da pós-graduação pela cumplicidade. A Tatiane Goldhar e Everilda Brandão, minhas companheiras nas viagens a Maceió. A Marcos Ehrhardt, sempre pronto para ajudar, pela imensa colaboração. A Catarina Oliveira pelas dicas e ajudas nas mais diversas situações. Todos se tornaram amigos especiais.

Ao corpo funcional da pós-graduação, em especial Josi, Carminha e Gilka, imprescindíveis nos mais variados momentos.

RESUMO

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **Mediação familiar:** princípio, meio e fim para a pacificação de conflitos. 2010. 102 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

As transformações sociais ocorridas no decorrer do século XX, refletidas no direito privado e, de maneira especial, no direito de família, tiveram seu arcabouço jurídico delineado por ocasião da promulgação da Constituição da República, em 5 de outubro de 1988. A nova ordem constitucional, de cunho amplamente democrático, acarretou o surgimento de um sem número de demandas e trouxe também a expectativa de que o Estado, mais precisamente o Poder Judiciário, teria capacidade de absorvê-las e dirimi-las. O tempo demonstrou a impossibilidade de concretização do projeto de pleno acesso à justiça e o esgotamento da capacidade do Estado de administrá-la tornou-se uma realidade. Surgiu, assim, a necessidade de serem utilizados mecanismos para minimizar esses efeitos. Assim é que, com base na experiência estrangeira, principalmente dos Estados Unidos e da França, tomaram grande força na década de 90, os chamados meios alternativos de resolução de conflitos. A conciliação, já existente na legislação processual, passou a ser extremamente valorizada e, atualmente, representa praticamente uma meta a ser alcançada pelos magistrados. A arbitragem adquiriu nova roupagem com a edição da Lei nº 9.307/96 e trouxe a reboque o alerta necessário para alavancar a prática desses instrumentos. Paralelamente à valorização da conciliação e ao ressurgimento da arbitragem, nasce no Brasil a mediação. Porém, mais do que a simples resolução de conflitos, promove a mediação uma cultura de paz, já que é das próprias partes que surge a solução para seus impasses, com o auxílio do mediador. Para o direito de família e suas peculiaridades, a mediação representa um princípio jurídico apto a alcançar sua finalidade primeira, a promoção da referida cultura de paz. Sua instrumentalização dá-se na forma de negócio jurídico. A mediação familiar deve ser praticada com apoio na interdisciplinaridade e, ainda que careça de um mínimo de regulamentação, deve ser sempre recomendada nas questões que envolvam conflitos decorrentes das relações de família.

Palavras-chave: Conflito, Resolução, Meios alternativos, Conciliação, Arbitragem, Mediação, Mediação Familiar.

ABSTRACT

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **Family mediation:** an instrument to pacify conflicts. 2010. 102 p. Dissertation (Master's Degree of Law) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

The social transformations that have occurred during the 20th century, reflected directly in private law, especially in family law, had its legal framework outlined by the 1988 Constitution. The new constitutional order, based on democracy, resulted in an explosion of demands and brought also the expectation that the State has the ability to absorb them and resolve them. Time has demonstrated the impossibility of achieving the access to judiciary and the exhaustion of State capacity to administer the justice became a reality. Thus came the need for mechanisms to minimize these effects. In this way, based on the foreign experience, especially of the United States and France, the Alternative Dispute Resolution (ADR) methods gained strength throughout the 1990s'. The conciliation process, already in procedural law, became extremely valued and currently represents nearly a goal to be achieved by judges. Arbitration was reborn in 1996 by the editing of law n° 9.307 and brought the trailer alert needed to leverage the circulation of those instruments. Parallel to the recovery of conciliation and arbitration, the mediation was introduced in Brazil. However, more than a simple conflict resolution method, mediation promotes a culture of peace. In the family law, mediation represents a legal principle, able to promote that culture of peace. Family mediation must always be recommended on issues involving conflicts arising from family relations.

Keywords: Conflict resolution, Alternative methods, Conciliation, Arbitration, Mediation, Family mediation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I – A MEDIAÇÃO E SUA CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA	13
1.1 – Origem da mediação.....	13
1.2 – Conceituação do instituto.	19
CAPÍTULO II – A MEDIAÇÃO E OS MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	29
2.1 – Os diversos meios para a resolução de conflitos.....	29
2.1.1 – Mediação e conciliação	35
2.1.2 – Mediação e arbitragem	40
CAPÍTULO III – MÉTODO, LINGUAGEM E DINÂMICA DA MEDIAÇÃO	45
CAPÍTULO IV – A MEDIAÇÃO NA PERSPECTIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA	60
CAPÍTULO V – A MEDIAÇÃO FAMILIAR E SUA INTERDISCIPLINARIDADE.....	74
CAPÍTULO VI – A MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO UM PRINCÍPIO DE DIREITO DE FAMÍLIA	78
CAPÍTULO VIII – CONCLUSÃO	95
REFERÊNCIAS	98

INTRODUÇÃO

O presente trabalho desenvolverá o tema da mediação familiar.

A mediação como gênero, da qual a mediação familiar é espécie, chega ao século XXI como importante instituto do direito civil, apto a conformar os desafios da contemporaneidade.

A dissertação tentará, em um primeiro momento, demonstrar a eficácia da mediação como instrumento de pacificação de conflitos.

Para tanto, procurar-se-á contextualizar historicamente o instituto, enfrentando-se o seu surgimento no mundo ocidental e o seu atual estágio nos países onde melhor se desenvolveu, em especial Estados Unidos, Canadá, França e Argentina, além do Brasil.

Em seguida, será explorada a conceituação do instituto, e aprofundado o seu caráter instrumental, dando-se destaque às principais diferenças entre a mediação e os outros meios de resolução de conflitos.

Em sequência, serão tratados o método, a linguagem e a dinâmica da mediação.

Na segunda parte do trabalho, a abordagem do instituto será realizada sob a perspectiva do direito de família.

Defender-se-á a mediação familiar como um princípio jurídico, inserindo-o no âmbito dos princípios norteadores do direito de família.

A família do novo milênio se insere em um contexto de vertiginosas transformações originadas nas mais diversas relações a ela externas, a exemplo do processo de urbanização ocorrido nos últimos dois séculos, da inserção da mulher no mercado de trabalho, da emancipação feminina e da liberdade sexual advinda da invenção da pílula anticoncepcional, entre outras, as quais vêm sendo amplamente estudadas pelo direito de família clássico.¹

¹ BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar**: instrumento transdisciplinar em prol das transformações dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2003, p. 19.

Assim é que uma pesquisa que pretenda explorar a teoria jurídica da mediação familiar deve, diante da intersubjetividade que a norteia, recheada pelas relações afetivas, convergir para a família em suas relações intrínsecas, quais sejam, as estreitas relações entre as pessoas que a compõem.

E essa exploração somente será possível percorrendo-se os caminhos da interdisciplinaridade, dada a inexorável aproximação das ciências humanas envolvidas no processo de mediação, em especial a psicanálise, para a qual, no dizer de Giselle Câmara Groeninga, “o desenvolvimento do ser humano se dá continuamente pelo conflito e pela transformação do conflito, sendo este inerente à nossa natureza e constitutivo do ser humano”.²

Ainda segundo a referida psicanalista, a resolução do conflito

não implica em seu desaparecimento, e sim em sua transformação, em sua elaboração. É também no entendimento do que é o conflito e da dinâmica que lhe é própria que a Psicanálise tem valiosa contribuição a dar à mediação, pois é a ciência que procura justamente a compreensão dos impasses da intersubjetividade e a atribuição de um novo sentido aos conflitos.³

Em matéria de mediação familiar, para Jean-François Six,

o essencial é poder colocar claramente o conjunto da situação familiar: o que sustenta e o que enfraquece todas as relações que interferem nela – inclusive as árvores genealógicas! -, os dados múltiplos que contribuem para o bom funcionamento e/ou disfunções de uma determinada família.⁴

A mediação promove uma reflexão sobre o valor positivo do conflito, ou seja, sobre o que dito conflito pode apresentar de construtivo, fazendo com que seus partícipes, sob a atitude equidistante do mediador, libertem-se de sua carga destrutiva, que lhes é apresentada como uma situação intransponível.

E uma vez que o conflito faz parte do processo de desenvolvimento humano, muitas vezes após a ocorrência de um conflito familiar, as pessoas nele envolvidas adquirem adequada maturidade para viver harmoniosamente. Assim é que o conflito se transforma. Esta, inclusive, é a tônica que diferencia a mediação em suas diversas concepções e modelos.

² GROENINGA, Giselle Câmara. Mediação interdisciplinar – Um novo paradigma. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, n. 40, fev./mar., 2007, p. 152-170.

³ GROENINGA, Giselle Câmara. op. cit., p. 160.

⁴ SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 67.

Um dos objetivos da presente pesquisa consiste na demonstração da viabilidade da prática da mediação familiar como meio de pacificação de conflitos. Muito embora haja diversos trabalhos sobre os métodos alternativos de resolução de conflitos, poucos existem sob o enfoque das relações familiares, as quais ensejam e justificam método, linguagem e dinâmica específicos e diferenciados.

Para este desiderato, hão de ser estudadas e diferenciadas as formas de resolução de conflitos, a exemplo da arbitragem e da negociação, com enfoque especial na conciliação, não somente em virtude de sua prática disseminada nas diversas instâncias judiciais do país, dado o seu caráter obrigatório em alguns procedimentos, mas também pela confusão conceitual gerada pela sua aproximação com a mediação.

Como será visto, por objetivar o fim de uma demanda, a conciliação abstrai o conflito. Nela as partes submetem-se a um conteúdo de perdas mútuas, o que torna a prestação jurisdicional incômoda e, por conseqüência, imperfeita. No dizer de Águida Arruda Barbosa, “quando tal ocorre num conflito familiar, que contém fortíssima carga emocional e psíquica, este será apenas deslocado para reaparecer com nova roupagem”.⁵ Isto faz com que surjam novas demandas sob aspectos diferentes, porém oriundas do mesmo conflito.

E a tônica da mediação, como já dito, é a transformação do conflito, visando sua pacificação e a convivência harmônica das partes nele envolvidas.

O outro objetivo identificado na presente dissertação é a inclusão da mediação entre os princípios que devem nortear o direito de família contemporâneo. Para tanto, a partir dos estudos de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, José Gomes Canotilho e Paulo Luiz Netto Lôbo, tentar-se-á estabelecer os fundamentos para dita compreensão.

Os institutos e os questionamentos trazidos pelo presente trabalho merecem análise profunda e crítica, tendo em vista a relevância jurídica e a repercussão social da matéria que constitui o seu objeto.

A interdisciplinaridade inerente ao tema traz novos horizontes a esses institutos e questionamentos, além de ampliar os já existentes.

⁵ BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar**: instrumento transdisciplinar em prol das transformações dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2003, p.91.

Aliás, qualquer estudo que pretenda explorar a teoria jurídica da mediação familiar pressupõe fundamentação interdisciplinar. A interdisciplinaridade é intrínseca à mediação familiar, dada a multiplicidade de éticas envolvidas nas relações de afeto e de sofrimento humano.⁶

Para a prática da mediação há que se buscar apoio na Sociologia, na Filosofia, na Psicologia, na Psicanálise e no Serviço Social, entre outras disciplinas.

Inexiste dúvida quanto à importância da mediação na contemporaneidade. A expressão dessa importância está presente, no âmbito acadêmico, desde a edição da Portaria nº 1886, de 30 de dezembro de 1994, do Ministério da Educação, a qual prescreve em seu artigo 11 que o estágio de prática jurídica do estudante de direito, supervisionado pela instituição de ensino, inclui, entre outras práticas, técnicas de negociações coletivas. A Portaria MEC 1886/94 foi complementada por diversas instruções normativas do Conselho de Ensino Jurídico do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEJ/OAB), com vistas à melhoria do ensino jurídico do país.⁷

Mais recentemente, a importância do instituto foi traduzida nas recomendações do Ministério da Educação – Secretaria de Educação Superior – datadas de junho de 2001, para que a mediação seja desenvolvida pelo núcleo de prática jurídica dos cursos de direito.⁸

Conforme dispõe o item 5, letra C, II – Organização Didático-Pedagógica, dos Padrões de Qualidade do Curso de Direito – das mencionadas recomendações, para que um curso de direito alcance o conceito “A”, terá que ter promovido o ensino das técnicas de mediação.⁹

As resistências porventura existentes quanto à prática da mediação residem muito mais na forma do que no conteúdo. De fato, o caminho dos métodos alternativos de solução de conflitos no Brasil vem sendo percorrido a passos lentos, quer em função da resistência de alguns setores, quer em virtude da própria cultura adversarial estabelecida, ou, em maior escala, pela desinformação e dificuldade de acesso dos menos favorecidos à Justiça, aqui

⁶ BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar**: instrumento transdisciplinar em prol das transformações dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2003, p. 19.

⁷ Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/LegislacaoOab/LegislacaoSobreEnsinoJuridico.pdf>. Acesso em 26.11.2009.

⁸ Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1781>. Acesso em 26.11.2009.

⁹ BARBOSA, Águida Arruda. op. cit., p. 102.

empregada em seu sentido mais amplo. Não há dúvida que o Poder Judiciário está incapacitado de atender a todas as demandas a ele dirigidas. O que dizer, então, daquelas que sequer chegam ao seu conhecimento?

No entanto, deve existir extrema cautela ao se legislar sobre mediação, aí incluídas, por óbvio, as normas internas dos Tribunais que regulamentam a sua prática, dada a forte inspiração de cunho patrimonial, buscando-se simplesmente o fim do litígio pela atuação do mediador, o que descaracteriza o instituto e não atinge as raízes mais profundas do conflito, despreocupando-se com o encontro da solução pelos próprios litigantes.

A mediação, como tentará se demonstrar no decorrer deste trabalho, tem um alcance muito maior do que um método alternativo de resolução de conflitos. Ela pode e deve ser utilizada em todas as instâncias sociais, facilitando a convivência entre os homens.

A tese a ser desenvolvida tem por núcleo temático o direito civil constitucional e visa à exploração de questões atinentes à família em sua versão atual, não mais representante de uma sociedade conservadora, onde os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam da chancela do casamento.¹⁰ (DIAS, 2005, p. 24).

Os paradigmas para as reflexões, assim, estarão localizados na experiência construída pela constitucionalização do direito civil, razão pela qual, para a solução dos problemas identificados, buscar-se-á extrair das normas que compõem a ordem jurídica privada, hermenêuticas comprometidas com a ordem constitucional vigente.

Na experiência brasileira, a Constituição de 1988, é o porto onde ancorou como fundamento da República a prioridade à dignidade da pessoa humana, de forma a orientar toda a atividade legislativa, estatal ou privada, à consecução do projeto de realização do indivíduo como interesse superior e primeiro.

A metodologia adotada, em função do próprio tema, consistiu, sobretudo, em pesquisa bibliográfica, incluindo consulta a obras gerais de direito constitucional, direito privado e de teoria geral do direito, assim como livros, artigos e textos especializados sobre os vários aspectos do tema abordado, obtidos por meio de consulta a bibliotecas e aquisição em livrarias. Também foi realizada, ainda, pesquisa legislativa e jurisprudencial sobre a temática em questão.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 24.

A efetividade do direito é tema que não se encontra adstrito à teoria geral do processo. Dele se ocupa a sociologia jurídica, ao examinar alguns aspectos da eficácia do direito e de como as normas são efetivamente vividas dentro da sociedade. Assim também o é o problema do acesso à justiça, questão sobremaneira importante na pauta dos compromissos atuais do poder público e da sociedade civil. Ambos se inserem no contexto do presente trabalho à medida que a mediação surge como uma resposta a essas preocupações.

Através da mediação é possível promover grandes mudanças na forma como os indivíduos se inter-relacionam. A sua inserção como princípio jurídico deve determinar o comportamento apto a nortear essas relações e também delinear a solução dos conflitos que possam delas decorrer.

O desafio que se apresenta, enfim, é mostrar a mediação dotada da juridicidade necessária a erigi-la à categoria de princípio. Sem qualquer intuito reducionista, o presente trabalho compreende o tema com simplicidade. Entende a mediação como princípio jurídico, instrumentalizado pelos fundamentos da autonomia privada, com o objetivo de promover não somente a solução de conflitos, mas também a sua prevenção através da implementação de políticas públicas que a incentivem.

O aprofundamento do tema, por certo, tornará mais claros os objetivos pretendidos pela dissertação. É o que se propõe nas páginas seguintes.

CAPÍTULO I – A MEDIAÇÃO E SUA CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

1.1 – Origem da mediação

A etimologia da palavra mediação, do latim *mediatio onis*, traz a representação de um sentido muito próximo de como hoje é compreendido o termo, dando-lhe o significado de intercessão, intervenção, interposição. O verbo mediar, por sua vez, designa a divisão em duas partes e significa “estar no meio de”¹¹.

Fato que contribui para a pluralidade de sentidos é a utilização do termo em várias disciplinas, embora o significado, em largo modo, penda sempre para a idéia de posição entre dois pólos.

A aproximação, no entanto, deve ser tentada, em virtude da interdisciplinaridade presente no instituto.

Para a psicanálise, por exemplo, a mediação tem o sentido mesmo de intervenção. Esta intervenção, geralmente efetivada pelo pai, mas que pode ser feita por qualquer outra pessoa, tem a função de realizar a necessária separação entre mãe e filho nos primeiros anos de vida, contribuindo para a constituição deste como sujeito. É o que Jacques Lacan chamou de Lei-do-pai, aquilo que estrutura o indivíduo enquanto sujeito, fornecendo-lhe identidade¹².

O psicanalista Antonio Quinet explica que dita Lei simbólica foi considerada por Sigmund Freud como a lei de interdição do incesto, sendo o pai o protagonista que impede o menino de se deitar com a mãe:

O pai apresenta a proibição (da mãe) e restaura uma sanção (a castração) à sua desobediência. O incesto mãe-filho figura o gozo a que o sujeito aspira, o gozo imaginado, desejado, sonhado a que o sujeito não tem acesso em razão da intervenção da instância paterna, representada pelo Pai simbólico. Este é menos o personagem do genitor que uma instância legal, um puro um significante, designado por Lacan como Nome do Pai, que barra o acesso ao incesto tanto da mãe quanto do filho. O Nome do Pai é um “Não!” que impede o filho de gozar sexualmente de sua

¹¹ HOUAISS, Antônio; VILAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1262.

¹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A primeira lei é uma lei de direito de família: a lei do pai e o fundamento da lei. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e psicanálise**. Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 26.

mãe, e esta de utilizar seu rebento como objeto de gozo. É, em outras palavras, o significante da Lei simbólica presentificado no complexo de Édipo.¹³

Essa intervenção, conhecida na Psicanálise como interdição, se aproxima da intervenção que está presente na mediação em sua acepção jurídica, porquanto um terceiro contribui para a solução dos impasses intersubjetivos dos envolvidos em um conflito, solução esta que será levada a efeito pelas próprias partes. Quer isto dizer que o mediador não decide nem sequer interfere na decisão das partes. Seu papel, como se verá adiante, é o de colaborador.

Neste sentido, vale a pena lembrar a lenda segundo a qual, no longínquo reino da Frígia, localizado no território da atual Turquia, seria feito governante aquele que conseguisse desatar o nó que prendia ao timão o jugo da carreta do rei Górdios, depositada no templo de Zeus. Após inúmeras tentativas sem que se conseguisse solucionar a questão, Alexandre da Macedônia cortou tal nó com sua espada e invadiu a Ásia.¹⁴

Rizzato Nunes utiliza tal narrativa na tentativa de distinguir o resultado da efetiva solução de um conflito daquele ofertado por uma decisão. Segundo o referido autor, a resolução operada por um ato de decisão põe a solução a perder-se. Isto porque, a decisão opera um corte epistemológico, fazendo cessar a investigação. No caso do nó górdio, o corte físico representou também o epistêmico:

Claro que a decisão da Dogmática Jurídica tem um sentido mais amplo, uma vez que as premissas não aproveitadas podem vir a ser utilizadas em casos e hipóteses futuras.

Mas, quando se trata de um caso concreto – uma ação judicial, um processo administrativo –, no qual se busca a resolução para um problema, a decisão opera um corte similar ao da história, já que interrompe a investigação e faz com que se percam as outras alternativas, que só podem ser retomadas em outros novos – ou velhos – casos semelhantes.¹⁵

Evidente que a jurisdição, Poder do Estado, se revela através do devido processo legal, sendo a decisão judicial a representação da própria prestação jurisdicional.

No entanto, o exemplo citado traz a clara noção de que a busca da solução pelas próprias partes amplia sensivelmente o horizonte da jurisdição.

¹³ QUINET, Antônio. O gozo, a lei e as versões do pai. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e psicanálise**. Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 57.

¹⁴ Instituto Antônio Houaiss. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

¹⁵ NUNES, Rizzato. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 69.

No âmbito do direito, diversos são os sentidos atribuídos à palavra mediação, como também marcante é a confusão conceitual do termo, com relação ao significado que se apresenta neste estudo, em face da aproximação com outros institutos jurídicos.

O direito das obrigações, por tradição, designa mediação como sinônimo de corretagem, contrato em espécie previsto nos artigos 722 a 729 do Código Civil, modalidade *sui generis* de prestação de serviço, no qual ao invés do serviço prestado, constitui seu objeto o resultado desse serviço, a aproximação entre um terceiro e o comitente ou dono do negócio¹⁶. No entanto, ainda que o corretor figure como intermediário neste tipo de contrato, distante está sua identificação com o mediador escolhido pelas partes para ajudá-las a resolver eventual conflito, prático da mediação que é objeto deste trabalho.

No direito processual, muito tênue e confusa é a distinção entre mediação e conciliação, não sendo raro se utilizar uma no lugar da outra. A nosso ver, apenas a conciliação é instituto de direito processual civil. Ainda que se atribua à mediação a condição de equivalente jurisdicional, defendemos sua natureza jurídica como sendo de direito privado. No decorrer do presente estudo, serão aprofundadas as diferenças entre os dois institutos, assim como entre a mediação e a arbitragem, esta um equivalente jurisdicional por excelência.

A mediação, em verdade, é uma qualidade do homem enquanto ser social e sua história se confunde com a própria história da humanidade. Sua prática nasceu no oriente e sempre fez parte da cultura do povo judeu, dos chineses e japoneses, entre outros.

O renascimento da mediação, no mundo ocidental, vai se dar na segunda metade do século XX, originado por dois movimentos simultâneos, surgidos na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos.

Esses movimentos têm sua razão de ser, em grande parte, pela imigração de chineses e japoneses após as duas grandes guerras.

No Reino Unido foi a sociedade civil que, inicialmente, lançou movimentos associativos, a exemplo do “Parents for ever”, de Bristol, voltado para o direito de família, cujo contexto era constituir formas de ajuda aos divorciandos.

E foi também em Bristol que nasceu, em 1978, o primeiro serviço de mediação na Inglaterra, concebido pela assistente social Lisa Parkinson.

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. **Contratos em espécie**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 563-565.

Em 1988 foi criada em Londres, a instituição denominada “Family Mediators Association”, a qual instituiu inclusive um código nacional de mediação¹⁷.

Os Estados Unidos sofreram grande influência dos imigrantes judeus, na costa leste, e chineses, na costa oeste. Na década de 1960 os norte-americanos implantaram em seu país de forma definitiva, a prática milenar da mediação.

Foi na Havard Law School que surgiu a fundamentação teórica que conceitua a mediação como um método de resolução de conflitos. Seu objetivo é o acordo entre as partes, sem qualquer preocupação com as causas subjacentes ao impasse.

Na mesma escola foi criada a via intitulada “Alternative Dispute Resolution” – ADR, como uma alternativa rápida e econômica para a solução de litígios. Diante do alto custo do acesso à justiça, os cidadãos estadunidenses aderem rapidamente a essa maneira de praticá-la¹⁸.

Naquele país, até os dias atuais, as ADRs, incluída aí a mediação, atendem ao propósito mais imediato de desafogo do Poder Judiciário, tomado por uma quantidade inimaginável de litígios, a maioria de pequeno valor, não justificando o alto custo acarretado ao Estado.

Não obstante esse movimento que os norte-americanos chamam de aperfeiçoamento de acesso à justiça, como resposta à explosão do contencioso em massa, grandes avanços foram alcançados na maioria dos Estados federados, no âmbito da mediação familiar, que encontrou campo propício de atuação, sobretudo no divórcio.

Já no Canadá, dada a característica de ter o país dois idiomas oficiais – inglês e francês – sua população absorveu a cultura da estrutura de pensamento proveniente dos americanos, dos ingleses e dos franceses.

Assim, a mediação no Canadá foi modelada com os objetivos práticos dos Estados Unidos e com a filosofia dos ingleses e franceses, o que deu origem a um modelo peculiar, harmonizando os recursos naturais advindos das diversas culturas.

¹⁷ BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar**: instrumento transdisciplinar em prol das transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da USP. São Paulo: USP, 2003, p. 40.

¹⁸ BARBOSA, op. cit., p. 41.

A mediação francesa se encontra em estágio bastante avançado e, como se verá adiante, tem um modelo próprio, construído através de um conceito de transformação do conflito, afastado daquele consagrado nos Estados Unidos e que visa, quase que exclusivamente, a resolução de conflitos com a nítida finalidade de diminuir as demandas levadas ao Poder Judiciário.

Na França, a mediação foi institucionalizada em 1973 com a criação do cargo de Mediador da República¹⁹, chamado a intervir no conjunto de conflitos de direito público. Há também um cargo público de Mediador Geral na cidade de Paris. Uma lei de 1995 modificou o código de processo civil francês, nele incluindo a prática da mediação judiciária.

No hemisfério sul, além da Austrália e da Nova Zelândia, que sofreram influência direta dos Estados Unidos em função de sua língua oficial, a Argentina traz um modelo inspirado na mediação praticada pelos norte-americanos.

Tendo em vista os graves problemas sociais enfrentados em virtude da caótica situação da administração da justiça na Argentina, levando a descrédito a atividade jurisdicional, o movimento para a institucionalização da mediação naquele país partiu do próprio Poder Judiciário.

Porém, diferentemente de quase todos os países onde a mediação foi implantada, a Argentina a institucionalizou em caráter obrigatório, como condição de ingresso em juízo, ainda que exclusivamente nas ações que envolvam direitos patrimoniais, ferindo um dos seus mais importantes princípios, a voluntariedade²⁰.

Assim prescreve o artigo 1º da Lei argentina número 24.573, sancionada em 25 de outubro de 1995:

Art. 1. Institúyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá 1ª comunicación directa entre las partes la solución extrajudicial de la controversia. Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia.²¹

¹⁹ SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 184.

²⁰ RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 142.

²¹ Disponível em <http://defenpo3.mpd.gov.ar/web/legislacion/leyes/textos/24573txt.htm>. Acesso em 10.08.2009.

No desenvolvimento deste estudo serão confrontados os diversos modelos de mediação, enfatizando-se, dadas suas características, a mediação praticada na Argentina, onde há intensos debates acerca da constitucionalidade da Lei 24573/95, a qual modificou o Código de Processo Civil e Comercial argentino.

A mediação argentina tem o nítido objetivo de descongestionar os tribunais e facilitar o acesso ao Judiciário.

Os métodos alternativos de solução de conflitos passaram, de um modo geral, a despertar grande interesse no Brasil com o advento da Lei nº 9.307/96, conhecida como Lei de Arbitragem, não obstante este instituto estivesse presente do ordenamento do país desde as ordenações do Reino de Portugal.²²

A mediação, por sua vez, desenvolve-se a passos largos, carecendo, porém, de uniformidade conceitual e prática, até mesmo pela inexistência de regulamentação legislativa sobre a matéria e dada a dimensão continental do país e sua diversidade cultural.

Inúmeras são as entidades públicas e privadas que estimulam e exercem a prática da mediação. Os núcleos de prática jurídica de algumas universidades, a exemplo da PUC-RIO – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro²³, vêm promovendo estudos sobre a matéria e atuando em situações de conflito.

Outros organismos da sociedade civil praticam a mediação em suas diversas vertentes. É o caso do Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares – GAJOP, o qual, em convênio com o Município do Recife, pratica a mediação nos núcleos descentralizados de assistência judiciária da Prefeitura²⁴. Diversos institutos e centros privados de mediação estão espalhados pelo país.

No poder público existem igualmente inúmeras iniciativas, como a do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, que, em julho de 2007, criou as Centrais e Câmaras de Conciliação, Mediação e Arbitragem, no âmbito de sua jurisdição²⁵.

Na sequência, será explorada a conceituação do instituto da mediação.

²² RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 51.

²³ Disponível em http://www.jur.puc-rio.br/npj_gimec.html. Acesso em 14.08.2009.

²⁴ Disponível em <http://www.gajop.org.br>. Acesso em 14.08.2009. O trabalho da entidade restringe-se à mediação familiar, mais precisamente às questões afetas a alimentos.

²⁵ Disponível em <http://www.tjpe.jus.br/concilia/>. Acesso em 14.08.2009.

1.2 – Conceituação do instituto.

No item anterior verificou-se que a prática da mediação remonta a tempos distantes, sendo bastante utilizada em países do oriente, com destaque para China e Japão, além de muito disseminada na cultura judaica.

Nesses casos, o terceiro que colabora com a pacificação do conflito é, na maioria das vezes, o líder religioso ou político de uma comunidade, geralmente mais velho e experiente, a quem os partícipes da relação conflituosa devotam confiança e respeito.

Como visto, essa prática milenar chega ao ocidente por diversificados caminhos, consolidando-se definitivamente na maioria dos países após a segunda guerra mundial, através de inúmeras concepções e muitos modelos, consequência mesmo da grande variedade de características que compõem cada cultura em particular e também dos objetivos a serem alcançados com a difusão da mediação.

Antes, porém, de arar o acidentado terreno da conceituação do instituto que, não obstante ser praticado há muitos séculos, recebeu ampliação e força nas últimas décadas do século XX, faz-se necessário executar tarefa não menos árdua, qual seja, trabalhar a noção de conflito na tentativa de definir esse pressuposto basilar para a compreensão da mediação.

E é a cultura chinesa que possibilita, já na formação da própria palavra, a melhor tradução do significado de conflito. Isto porque, em mandarim, o vocábulo conflito é formado por dois diferentes símbolos: um indicando perigo e o outro, oportunidade²⁶. Essa simbologia representa a essência da definição de conflito que, em um primeiro momento se apresenta perigoso, capaz de atrair consequências imprevisíveis e preparar os envolvidos para sua defesa, mas que pode também indicar a oportunidade de mudanças.

De fato, o conflito não pode ser compreendido exclusivamente em seu aspecto negativo. Há nele, indubitavelmente um componente positivo, de alcance e dimensão muito maiores. O manejo adequado de uma relação conflituosa traz, senão a possibilidade da manutenção dessa relação, seja entre patrão e empregado, seja entre vizinhos, na comunidade ou na família, a certeza para as partes envolvidas de sua capacidade de resolver por si mesmas, ainda que auxiliadas por um terceiro, seus impasses, suas tensões, o que faz

²⁶ WILMOT, William W.; HOCKER, Joyce L. **Interpersonal conflict**. New York: Mc Graw Hill, 2007, p. 7.

engrandecer enormemente sua autoestima em uma experiência enriquecedora, apta a promover o seu amadurecimento.

Wilmot e Hocker definem o conflito como uma luta manifesta entre, ao menos, duas partes interdependentes, que percebem metas incompatíveis, escassos recursos e a interferência da outra parte na consecução dessas metas²⁷.

O conflito, em verdade, é inerente à própria natureza humana, às relações intersubjetivas, sendo certo que um mundo sem conflitos seria tão desinteressante e caótico quanto aquele dominado pelos desentendimentos.

Worchel e Lundgren, da Universidade A & M, do Texas, Estados Unidos, asseveram que o conflito se produz de muitas formas e em todos os níveis do comportamento humano, atuando como uma força centrífuga que separa as partes e reduz ou elimina a interação entre elas²⁸. Assim como outros autores, a exemplo de Jay Folberg e Alison Taylor²⁹, classificam o conflito em categorias. O conflito intrapessoal acomete o indivíduo quando ele está motivado a dar lugar a duas ou mais respostas mutuamente incompatíveis. Este tipo de conflito acontece no momento de uma tomada de decisão e seus exemplos são intermináveis. Interpessoal é o conflito que representa uma tensão entre duas ou mais entidades sociais (indivíduos, grupos ou organizações), a qual provém da incompatibilidade de respostas reais ou desejadas.

Christopher Moore classifica o conflito em função dos seus vários níveis de desenvolvimento e intensidade, considerando *latentes* aqueles conflitos que não chegaram a uma polarização. Neles uma ou todas as partes envolvidas podem sequer ter consciência de sua existência, sendo sua maior característica a existência de forças implícitas que não foram reveladas de forma plena. Nos conflitos *emergentes*, as partes são identificadas e reconhecem a disputa mas, embora as controvérsias estejam claras, não sabem como resolvê-las. Os

²⁷ Tradução livre de: "Conflict is an expressed struggle between at least two interdependent parties who perceive incompatible goals, scarce resources and interference from others in achieving their goals". WILMOT, William W.; HOCKER, Joyce L. **Interpersonal conflict**. New York: Mc Graw Hill, 2007, p. 9.

²⁸ WORCHEL, Stephen; LUNDGREN, Sharom. La naturaleza y la resolución del conflicto. In: DUFFY, Karen Grover; GROSCH, James W.; OLCZAC, Paul V. (Orgs.). **Mediación: la mediación y sus contextos de aplicación**. Barcelona: Paidós, 1996, p. 43.

²⁹ FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. **Mediation**. A comprehensive guide to resolving conflicts without litigation. San Francisco: Jossey-Bass, 1984, p. 19.

conflitos *manifestos* são caracterizados pelo envolvimento das partes em uma disputa ativa e contínua onde, ainda que se tenha iniciado uma negociação, foi gerado um impasse.³⁰

Os autores texanos anteriormente referidos, apontam como a face positiva do conflito, a sua utilidade, possibilitando ao indivíduo conhecer melhor a si mesmo e aos outros, em especial as importantes diferenças entre as pessoas. Para eles, em alguns casos, o conflito pode ser uma experiência agradável e emocionante, devendo os esforços concentrarem-se em seu gerenciamento e não simplesmente em sua resolução:

Com este dilema do conflito em mente, encerramos este capítulo com uma idéia para reflexão: em lugar de nos fixarmos imediatamente na resolução do conflito, quem sabe deveríamos dirigir mais esforços em seu manejo. O manejo do conflito implica em compreender sua natureza e intentar utilizá-lo para alcançar objetivos positivos e evitar os resultados negativos.³¹

O manejo do conflito é capaz de alinhar as divergências de maneira mais equilibrada, não sendo necessária a utilização dos mesmos métodos e procedimentos usados para sua resolução.

Para Leticia García Villaluenga, qualquer que seja o contexto onde o conflito se instale, há sempre as mesmas conseqüências: as relações se deterioram, a comunicação se interrompe, as atitudes se polarizam. Não obstante ditas conseqüências, a autora espanhola não vê o conflito como uma manifestação negativa. Argumenta que “o conflito, como entende a maioria da doutrina a qual me filio, não é, como em princípio poderia pensar-se, um processo negativo; ao contrário, está na raiz da mudança pessoal e social.”³²

É de ver-se, ainda, que há uma confusão conceitual acentuada entre conflito e disputa, utilizados muitas vezes como sinônimos, ainda que tenham significados distintos. Folberg e Taylor distinguem-nos definindo a disputa como um conflito interpessoal que é

³⁰ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 29 e 30.

³¹ WORCHEL, Stephen; LUNDGREN, Sharom. La naturaleza y la resolución del conflicto. In: DUFFY, Karen Grover; GROSCH, James W.; OLCZAC, Paul V. (Orgs.). **Mediación**: la mediación y sus contextos de aplicación. Barcelona: Paidós, 1996, p. 47. Tradução livre de : “Con este dilema del conflicto en mente, cerramos este capítulo con una idea para la reflexión: en lugar de centrarnos inmediatamente en la *resolución* del conflicto, quizás deberíamos dirigir más esfuerzos en el *manejo*. El manejo del conflicto implica comprender su naturaleza e intentar utilizarlo para lograr objetivos positivos y evitar los resultados negativos”.

³² VILLALUENGA, Leticia García. **Mediación en conflictos familiares**. Una construcción desde el derecho de familia. Madrid: Reus, 2006, p. 141. Tradução livre de : “A pesar de lo anterior, el conflicto, como entiende la mayoría de la doctrina a la que me adhiero, no es, como en un principio podría pensarse, un proceso negativo, si no que, al contrario, está en la raíz del cambio personal y social”.

comunicado ou manifestado. Enquanto não ocorrer a manifestação de uma a outra parte sobre seus impasses, não haverá disputa³³.

Na parte deste trabalho dedicada à mediação familiar, haverá oportunidade para um maior aprofundamento e exploração acerca do significado de conflito, já que é a família o *locus* privilegiado das mais estreitas relações humanas, por isso mesmo berço de diversificadas situações conflituosas.

Por ora, imprescindível é ter conhecimento de que o conflito, manifestado ou não, interrompe a comunicação entre as partes nele envolvidas e que o restabelecimento dessa comunicação é o principal objetivo da mediação.

A propósito da comunicação, Jürgen Habermas afirma que aqueles que atuam comunicativamente se dão a entender algo entre si. Uma ação orientada ao entendimento exige, sem dúvida, uma comunicação em que se transmita sentido. E essa comunicação é, por sua vez, um importante mecanismo de socialização.³⁴

Na verdade, somente é possível ao indivíduo formar e afirmar sua identidade se ela é reconhecida por um outro.

A teoria da ação comunicativa, desenvolvida por Habermas, se entende como reconstrução hipotética do saber pretérito que os sujeitos capazes de linguagem e de ação inevitavelmente aplicam quando, e na medida em que, participam competentemente em interações mediadas linguisticamente.³⁵

A mediação deve buscar o entendimento decorrente de argumentações, na verdade, da capacidade argumentativa das partes. Até porque eventual acordo construído pelas próprias partes, de forma que resulte da comunicação, essência mesma da mediação, pode chegar a propiciar a possibilidade de uma convivência pacífica, ou menos agressiva³⁶.

³³FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. **Mediation**. A comprehensive guide to resolving conflicts without litigation. San Francisco: Jossey-Bass, 1984, p. 19.

³⁴HABERMAS, Jürgen. **La lógica de las ciencias sociales**. Madrid: Tecnos, 1996.

³⁵HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa, II**. Madrid: Taurus, 2003.

³⁶STAMFORD, Artur. Conciliação judicial e ação comunicativa: acordo judicial como negociação *versus* consenso. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Pernambuco**. Recife: UFPE/CCJ, n. 13, 2003, p. 75-109.

A comunicação em meio a um conflito fica prejudicada, tensa e tende a acabar, aumentando a intensidade desse conflito. O papel do mediador é melhorar a capacidade de comunicação entre os mediandos na busca de uma solução conjunta para o problema.³⁷

Muitas são as definições de mediação, havendo, no entanto, traços característicos presentes na maioria dos conceitos.

Em seu aspecto instrumental, a mediação é concebida pelo presente estudo como um processo, mas não no sentido utilizado pela processualística e sim como um negócio jurídico consubstanciado em um conjunto de atos ordenados, levados a efeito pela livre vontade das partes envolvidas e que visa à satisfação de seus interesses.³⁸

No dizer de Christopher Moore, a mediação é definida como a “interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado ou não-autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem a um acordo mutuamente aceitável com relação às questões em disputa.”³⁹

A principal crítica ao conceito de Moore está na explícita caracterização do objetivo da mediação como sendo a busca de um acordo. Conforme restará demonstrado no decorrer do desenvolvimento do presente estudo, o acordo, na mediação, é uma consequência do manejo do conflito e pode ocorrer ou não. A mediação pode servir, inclusive, a que as partes tenham condições de enfrentar uma demanda judicial, não devendo necessariamente findar com a celebração de um acordo.

Folberg e Taylor, que como Moore são norte-americanos, asseveram que a mediação pode ser definida como o processo através do qual os partícipes, juntamente com a assistência de um terceiro neutro, isolam sistematicamente as questões em disputa, com vistas a desenvolverem opções, considerarem alternativas e chegarem a um acordo que irá acomodar suas necessidades.⁴⁰ É nítida a ênfase dada ao acordo na mediação praticada nos Estados

³⁷ OSTERMEYER, Melinda. Realizar la mediación. In: DUFFY, Karen Grover; GROSCH, James W.; OLCZAK, Paul V. **La mediación y sus contextos de aplicación** – una introduction para profesionales e investigadores. Buenos Aires: Paidós, 1996, p. 125-139.

³⁸ SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

³⁹ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 28.

⁴⁰ Tradução livre de: “It can be defined as the process by which the participants, together with the assistance of a neutral person or persons, systematically isolate disputed issues in order to develop options, consider alternatives, and reach a consensual settlement that will accommodate their needs”. FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. **Mediation**. A comprehensive guide to resolving conflicts without litigation. San Francisco: Jossey-Bass, 1984, p. 7.

Unidos, o que acontece em face da concepção que aquele país tem do instituto, criado com a finalidade primordial de desafogar o judiciário, função que lhe permanece arraigada até a atualidade.

No dizer de John Haynes, outro norte-americano, a mediação é um processo pelo qual uma terceira pessoa ajuda aos partícipes na resolução de uma disputa. Haynes salienta mais uma vez o valor do acordo, afirmando que ele resolve o problema das partes através de uma solução mutuamente aceita e é estruturado de forma a ajudar na manutenção da relação entre os envolvidos.⁴¹

O pragmatismo dos estadunidenses não contaminou os países da Europa que praticam a mediação, em especial a França, onde o instituto recebeu forte influência humanista e aprofundamento filosófico.

Não que a mediação nos Estados Unidos deixe de cumprir seu papel pacificador, havendo grandes avanços, principalmente na modalidade familiar, ainda que mais restrita ao âmbito dos divórcios e separações. Mas o que a diferencia do modelo europeu é que, além de uma área maior de abrangência, haja vista a existência, na França, de mediadores em todos os setores, quer públicos, quer privados, sendo, inclusive, a mediação familiar aplicada em conflitos oriundos das mais diversas relações, como entre pais e filhos, avós e netos, padrastos e enteados, o modelo francês atua também em caráter preventivo.

O presente estudo, como adiante restará demonstrado, defende a mediação como um princípio jurídico, compreendendo-a também como um comportamento a ser alcançado. Esse pensamento é compartilhado por vários autores, a exemplo do filósofo francês Jean-François Six, para quem,

- É claro, todo mundo deve ser mediador: cada um lá onde estiver, no dia-a-dia da vida, deve tentar – é uma questão de civismo – ser o terceiro, suscitar espaços intermediários em que dois vizinhos possam se falar, em que dois empregados de uma empresa possam dialogar.⁴²

E é o próprio Six quem traz importante contribuição para o conceito de mediação, abordando o pensamento que a compõe, o da terceira possibilidade, que o autor apresenta

⁴¹ Tradução livre de : “Mediation is a process in which a third person helps the participants in a dispute to resolve it. The agreement resolves the problem with a mutually acceptable solution and is structured in a way that helps maintain the continuing relationships of the people involved”. HAYNES, John M. **The fundamentals of family mediation**. New York: State University of New York, 1994, p. 1.

⁴² SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 60.

como o contraposto do pensamento binário, o qual vem dominando a convivência entre as pessoas.⁴³

Este pensamento binário está entranhado na cultura adversarial a que todos são obrigados a conviver desde a mais tenra idade. É a lógica do “tudo ou nada”, do “ganhador-perdedor” que é imposta ao indivíduo desde a educação básica até as bancas universitárias, inclusive nas faculdades de direito. Esta questão será ampliada mais adiante, no capítulo dedicado ao método, à linguagem e à dinâmica da mediação.

Também na Inglaterra podem ser encontrados aprofundados estudos sobre mediação, assim como experiências bem sucedidas, algumas iniciadas ainda na década de 1970, como o serviço de mediação familiar criado pela assistente social Lisa Parkinson. A mediadora inglesa define mediação como sendo o processo de resolução cooperativa do conflito,

em que duas ou mais partes em disputa, recebem a ajuda de um ou mais terceiros imparciais (os mediadores) para se comunicar e alcançar, por si mesmas, um acordo mutuamente aceitável sobre os temas em disputa. Os mediadores ajudam os participantes a explorar as opções disponíveis e, no caso concreto, tomar decisões que satisfaçam as necessidades de todos os interessados.⁴⁴

Embora mencione o alcance de um acordo como objetivo em seu conceito de mediação, adverte Parkinson que a gestão de um conflito não persegue necessariamente este compromisso, aproximando-a, assim, daqueles que vêem o acordo como uma consequência do manejo de tal conflito.

No Brasil, onde a mediação engatinha, não obstante esteja sendo praticada nos quatro cantos do país, estudos, pesquisas e experiências vêm sendo apresentados.

Águida Arruda Barbosa define mediação como “um método fundamentado, teórica e tecnicamente, por meio do qual uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina os mediandos a despertarem seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito”.⁴⁵ Este conceito advém da ótica da comunicação e permite que se vislumbre

⁴³ SIX, Jean-François. op. cit., p. 217-219.

⁴⁴ PARKINSON, Lisa. **Mediación familiar**. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 22. Tradução livre de: “en que dos o más partes en disputa reciben la ayuda de uno o más terceros imparciales (los mediadores) para comunicarse y alcanzar por si mismos un acuerdo mutuamente aceptable sobre los temas en disputa. Los mediadores ayudan a los participantes a explorar las opciones disponibles y, en su caso, a tomar decisiones que satisfagan las necesidades de todos los interesados”.

⁴⁵ BARBOSA, Águida Arruda. Estado da arte da mediação familiar interdisciplinar no Brasil. **Revista brasileira de direito de família**. Porto Alegre: Síntese, n. 40, fev./mar., 2007, p. 140-151.

importantes aspectos da mediação: a neutralidade do mediador, a transformação do conflito e a responsabilidade dos mediandos. A transformação do conflito, por sua vez, parte da preocupação com suas causas determinantes e é voltada para o futuro. Assevera Barbosa que “a mediação atua no nascedouro do conflito e sua abrangência ultrapassa os limites de eventual acordo que possa vir a ser celebrado entre os litigantes, porque seu tempo é o futuro”.⁴⁶

Lília Sales conceitua mediação como sendo “um procedimento em que e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa, evitando antagonismos, porém sem prescrever a solução”.⁴⁷ Para Sales, quando a mediação oferece às partes a liberdade de solucionar seus conflitos, cumpre também o papel de preveni-los. Aliás, a prevenção, segundo essa autora, é o segundo dos quatro objetivos da mediação, sendo o primeiro a solução dos problemas e os demais a inclusão social – trabalhando-se aqui a perspectiva da conscientização de direitos e o acesso à justiça – e a paz social.⁴⁸

Walsir Rodrigues Junior, apesar de apontar a preservação da comunicação futura e da relação entre as partes envolvidas como um dos objetivos da mediação, indica como sua meta principal o acordo entre as partes e, em uma ótica pragmática, também como propósito dessa prática, o alívio do congestionamento do Judiciário.⁴⁹

No conceito do referido autor, presente está a celebração do acordo como o principal objetivo:

A mediação é um processo informal de resolução de conflitos, em que um terceiro, imparcial e neutro, sem o poder de decisão, assiste às partes, para que a comunicação seja estabelecida e os interesses preservados, visando o estabelecimento de um acordo.⁵⁰

Com menor enfoque na formalização do acordo, Petrônio Calmon conceitua a mediação como “a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução

⁴⁶ BARBOSA, Águida Arruda. **Construção dos fundamentos teóricos e práticos do código de família brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da USP. São Paulo, USP, 2007.

⁴⁷ SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 23.

⁴⁸ SALES, Lília Maia de Moraes. op. cit., p. 27.

⁴⁹ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 78.

⁵⁰ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. op. cit., p. 50.

mutuamente aceitável”.⁵¹ Salienta ainda Calmon um importante aspecto do instituto, qual seja, a recomendação de sua prática nas relações que se perpetuam no tempo, já que a mediação visa o término do conflito mas não da relação.⁵²

Esta pesquisa enxerga como principal objetivo da mediação o estabelecimento ou o restabelecimento da comunicação entre as partes, sem o qual, qualquer tentativa de transformação do conflito será frustrada. E é a transformação do conflito, não necessariamente a sua solução, que tem o poder de possibilitar a continuidade das relações entre os envolvidos.

Por isso, uma contribuição para a conceituação do instituto deve voltar-se para uma definição aberta, onde os aspectos relevantes representem seus pontos cardeais, permitindo espaço para as mais diversas formas e modalidades, colaborando, assim, para o entendimento da mediação como um comportamento a ser alcançado.

Dessa forma é que este trabalho, em uma proposta de conceituação, compreende a mediação como o procedimento de abertura da comunicação entre as partes envolvidas em um conflito, o que é levado a efeito por um terceiro imparcial, que, sem poder de decisão, utiliza como principal ferramenta a escuta especializada, visando colaborar para que elas encontrem, por si mesmas, a melhor forma de administrar seus impasses, na busca da transformação de tal conflito, possibilitando, assim, a continuidade de sua relação.

O estímulo da preocupação com o conflito deve ocorrer em momento anterior à propositura de uma ação judicial. Para tanto, a prática da mediação representa também um forte instrumento de exercício da cidadania e uma promissora expectativa para promoção do diálogo e a autodeterminação dos envolvidos em eventual conflito.

A propósito, Carla Cristina Campos de Moura sugere a implementação de projetos educacionais para a consolidação da mediação como prática no Brasil contemporâneo:

Entretanto, para sua consolidação como realidade, ainda faz-se imperioso o desenvolvimento de projetos educacionais democráticos e multidisciplinares, voltados para as práticas da promoção da cidadania como caminho para a “construção” de indivíduos que consigam avaliar criticamente a conjuntura

⁵¹ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 119.

⁵² CALMON, Petrônio. op. cit., p. 122.

econômico-político-social na qual estão inseridos e, destarte, contribuir para a reestruturação da ordem social e da consciência democrática.⁵³

Essa prática tem forte presença no Canadá, onde os educadores estimulam o exercício da mediação desde as escolas do ensino fundamental.

Outros países têm demonstrado interesse na mediação escolar. É o caso de Portugal, onde se defende a adoção de planos de educação que visem não somente a resolução de conflitos no ambiente escolar, mas também a sua prevenção.⁵⁴

O fenômeno social conhecido internacionalmente como “bullying”, que corresponde às agressões sofridas por crianças e adolescentes no âmbito escolar serve de alarme para o aprofundamento da questão. Pesquisa realizada ainda em 2002, pela Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência – ABRAPIA, divulgada no Portal do Governo do Estado do Rio de Janeiro, aponta que esse distúrbio afeta a vida de 40,5% (quarenta vírgula cinco por cento) da população infantil carioca.⁵⁵

⁵³ MOURA, Carla Cristina Campos Ribeiro de. Breves considerações sobre o contexto histórico da mediação e o exercício da cidadania. In: LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo; FAGUNDES, Rosane Maria Silva Vaz; PINTO, Vânia Maria Vaz Leite (Orgs.). **Manual de mediação**: teoria e prática. Belo Horizonte: New Hampton Press, 2007, p. 117.

⁵⁴ Disponível em <http://tv1.rtp.pt/noticias/?t=Escolas-devem-educar-para-a-convivencia-para-prevenir-conflitos-diz-especialista-em-mediacao-escolar.rtp&article=60372&visual=3&layout=10&tm=8>. Acesso em 19.11.2009.

⁵⁵ Bullying: do conto infantil à tragédia social. Disponível em <http://www.conexaoprofessor.rj.gov.br/temas-especiais-10.asp>. Acesso em 19.11.2009.

CAPÍTULO II – A MEDIAÇÃO E OS MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

2.1 – Os diversos meios para a resolução de conflitos

O capítulo I teve por finalidade contextualizar historicamente a mediação, nele tendo sido tratada a origem do instituto assim como sua conceituação.

Em continuidade, a mediação será abordada, no presente item, na ambiência dos métodos alternativos de resolução de conflitos. Completando o capítulo, será estabelecido o cotejo do instituto em relação à conciliação e à arbitragem, indubitavelmente os mais utilizados.

Não há, entretanto, como falar sobre os meios alternativos de resolução de conflitos, sem discorrer sobre os caminhos percorridos e os fatores que concorreram para o seu surgimento.

No Brasil, a Constituição de 1988 é, inegavelmente, o principal marco das transformações ocorridas no país no final do século XX e no alvorecer do novo milênio.

Ainda que se considere a nova ordem constitucional fruto e reflexo da evolução das práticas sociais, da rica produção doutrinária e, muitas vezes, do esforço dos juízes em atender aos anseios da sociedade, é forçoso reconhecer que foi por intermédio da Assembléia Nacional Constituinte instalada em 1 de fevereiro de 1987 pelo Ministro José Carlos Moreira Alves, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, que o Brasil pôde experimentar uma reviravolta legislativa capaz de consolidar no país, de uma vez por todas, o Estado social, contribuindo para uma série de mudanças que, ao longo dos mais de vinte anos que se passaram, vêm tentando minimizar os efeitos do liberalismo econômico reinante no decorrer dos séculos XVIII, XIX e XX, tão forte ao ponto de ser capaz de fazer conviver o Estado social inaugurado com a Constituição de 1934 com um Código Civil de cunho nitidamente patrimonialista, que entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 1917, vigendo até 10 de janeiro de 2003.

Alguns dos críticos da Constituição de 1988 asseveram que o avanço por ela trazido foi maior do que o país tinha capacidade de absorver, razão das inúmeras reformas sofridas pelo texto original.

Outros entendem que os valores nela consagrados, como a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade, entre outros, são valores nitidamente liberais e já figuravam no ordenamento antes de seu advento, razão à qual não se pode atribuir-lhe a responsabilidade pelas mudanças. Estas aconteceriam inevitavelmente.

O fato é que o país acabava de sair de um regime ditatorial e precisava consolidar o Estado democrático de direito, necessitando assim, senão lançar mão, ao menos fortalecer os princípios representativos do Estado social, o que fez com que a maior parte das mudanças ocorridas com a Carta de 1988 se tornasse irreversível.

A dignidade da pessoa humana, ainda que considerada fruto do liberalismo, foi erigida a fundamento da república (art. 1º, III) e passou a ser o norte de todo o ordenamento, princípio e fim de todo o sistema.

A ordem econômica passou a pautar-se sob as regras da justiça social, assegurando, entre outros princípios, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente. E assim, aliados a circunstâncias outras, como o fenômeno conhecido como globalização, nasceram, no ordenamento jurídico brasileiro, o que a doutrina convencionou chamar de “novos direitos”, neles incluídos o direito do consumidor, o direito ambiental e o bio-direito.

A responsabilidade civil evoluiu para o que se chama de “erosão dos filtros de reparação”⁵⁶, livrando-se principalmente da culpa como elemento fundamental para o ressarcimento dos danos e socializando os riscos das atividades empresariais.

Aliás, foram a responsabilidade civil e o direito de família os ramos do direito que mais sofreram o influxo da evolução social acontecida na segunda metade do século XX.

De fato, a família sofreu vertiginosas transformações, não sendo despiciendo apontar como marcos legislativos, o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº4.121/64), a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) e, acima de todos, a Constituição da República, em especial o artigo 226 e seus parágrafos, os quais puseram fim, de uma só vez, à hegemonia da família

⁵⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.

patriarcal e matrimonializada, dando ensejo a novas e inúmeras formas de união familiar, que, como já se interpretou, não encerram *numerus clausus*⁵⁷.

A Carta de 1988 contribuiu também para a consolidação, no Brasil, de um fenômeno que há muito vinha ganhando espaço, a massificação das demandas e a facilitação do acesso à atividade jurisdicional.

Na verdade, foi o fim da segunda guerra mundial e o desenvolvimento que lhe seguiu, principalmente nos Estados Unidos e em alguns países da Europa, que trouxe a explosão das mais variadas formas de consumo e o aumento proporcional das ações judiciais dela decorrentes.

A busca de uma solução para a ameaça de estrangulamento da prestação jurisdicional norte-americana, como já dito anteriormente, fez nascer na Universidade Havard, localizada no Estado de Massachusetts, a sigla ADR (Alternative Dispute Resolution) para identificar outros meios de solução de conflitos, distinguindo-os do processo judicial.

Na mesma Universidade, Frank Sander criou o conceito de sistema multi-portas (“*multi-door courthouse*”) com o fim de demonstrar a necessidade de serem elaborados programas para a resolução de disputas dentro e fora dos tribunais.⁵⁸

O leque de alternativas naquele país é muito grande, utilizando-se os norte-americanos das mais diversas modalidades de métodos para a solução de conflitos, muitas vezes instituindo um novo tipo com a mescla daqueles já existentes.

Petrônio Calmon relaciona diversos modelos utilizados nos Estados Unidos, entre eles a avaliação neutra de terceiro (*early neutral evaluation*), que é uma consulta de ambas as partes a um profissional de sua confiança, visando ter uma previsão do deslinde da causa pelo judiciário, sendo necessário que a lide esteja iniciada e que o réu tenha contestado a demanda; e o ouvinte neutro confidencial (*confidential listener*), terceiro imparcial a quem as partes

⁵⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil. Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 56-75.

⁵⁸ O tema vem sendo amplamente debatido, a exemplo do que aconteceu em um painel sobre mediação na 9ª Conferência Bienal da *International Association of Women Judges*, que ocorreu de 25 a 28 de março de 2008 no Panamá, com a palestra “*Mediation in the U.S.: Multiple Doors to Justice*”, proferida pela juíza Carolyn Miller Parr (disponível em www.iawj.org/what/panama08/22.pdf).

apresentam proposta com a finalidade de celebrarem um acordo, avaliando este terceiro a viabilidade de sua realização.⁵⁹

No ordenamento jurídico brasileiro pós 1988, uma das transformações mais significativas foi o potencial acesso do cidadão ao Poder Judiciário, na busca pela efetividade da justiça.

De fato, após duas décadas de autoritarismo, quando poucos foram os investimentos em mecanismos de democratização nas relações entre o cidadão e os organismos de poder, a Constituição de 1988 fez renascer o exercício da cidadania, e surgir, por consequência, forte expectativa na sociedade, de que o Poder Judiciário teria solução para todas as mazelas sociais, todos problemas enfrentados pela população.

Essa expectativa traduziu-se em uma incessante e progressiva busca pelo acesso formal ao Poder Judiciário.

No entanto, fatores ligados à ausência do Estado brasileiro em áreas fundamentais como educação, saúde e segurança, a difícil percepção do cidadão acerca de seus direitos e a quase inexistente participação social, além do abismo entre as classes sociais, em conjunto, ainda, com a massificação do consumo, vêm colaborando para uma imensurável concentração de demandas sob a exclusiva tutela estatal.

Iniciativas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de fundamental importância para a administração da justiça no Brasil, vêm promovendo verdadeira radiografia do funcionamento do Poder Judiciário. Um exemplo é o programa Justiça em Números, consubstanciado em um sistema que funciona por meio da coleta e da sistematização de dados estatísticos e do cálculo de indicadores capazes de retratar o desempenho dos Tribunais do país. Esses dados envolvem, entre outras categorias, o grau de litigiosidade, a carga de trabalho, o acesso à justiça e o perfil das demandas.⁶⁰

Desde 2005, em cumprimento ao disposto em preceito constitucional (artigo 203-B, § 4º, VII) acrescentado pela Emenda de nº 45, o CNJ elabora relatórios anuais com a descrição de suas atividades, apresentação e análise da situação do Poder Judiciário, além de recomendações objetivando o aprimoramento da atuação e efetividade desse Poder.

⁵⁹ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 101-102.

⁶⁰ Disponível em http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7731&Itemid=944. Acesso em 02.12.2009.

O relatório de 2008 aponta que a taxa média de congestionamento da Justiça dos Estados naquele ano foi de 74% (setenta e quatro por cento), chegando a 80,5% (oitenta e meio por cento), se forem considerados apenas os processos que tramitam no 1º grau de jurisdição, instância que concentra 79% (setenta e nove por cento) de todos os processos da Justiça Estadual. O indicador de carga de trabalho, por sua vez, mostra que cada magistrado da Justiça dos Estados contava com quase 5.000 (cinco mil) processos em tramitação durante o ano, número que aumenta para 9.000 (nove mil) em se tratando de Juizados Especiais, paradoxalmente criados com a finalidade de acelerar a prestação jurisdicional.⁶¹

Outro fator que contribui enormemente para a dificuldade de se buscar caminhos que respondam, de maneira mais profunda e perene, à pacificação dos conflitos, é a existência de uma cultura adversarial para a compreensão e a solução desses conflitos.

A formação do próprio jurista é comprometida com essa cultura adversarial, estimulando-se nas bancas universitárias a concepção das partes de uma pretensão resistida apenas como ganhador ou perdedor, autor ou réu, etc.

Há igualmente uma visão deturpada do acesso à justiça como o simples protocolar de petições e documentos nos balcões do Judiciário. E, por óbvio, o acesso à justiça é demasiado abrangente, restando constatada a ineficiência do modelo de prestação jurisdicional hoje oferecida, onde o elevado custo e uma estrutura deficiente, entre outras causas relevantes, comprometem a rapidez na resolução das lides.

Em verdade, inúmeras são as possibilidades de composição de litígios além da jurisdição estatal que, junto com a arbitragem, forma o conjunto dos meios heterocompositivos de solução de conflitos, nos quais esta solução é imposta por um terceiro imparcial. A preponderância, na tentativa de resolução de conflitos, é da jurisdição, já que proporciona, uma vez que é exercida pelo Estado, um alto grau de garantia, qualidade e coerção.

Já a autocomposição traz incontáveis maneiras de solução de controvérsias, uma vez que são os próprios envolvidos que a viabilizam. As mais conhecidas formas de autocomposição são a negociação, a mediação e a conciliação, esta última, diferentemente das demais, extremamente vinculada ao processo judicial.

⁶¹ Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/conteudo2008/relatorios_anuais/relatorio_anual_cnj_2008.pdf. Acesso em 02.12.2009.

O sistema multi-portas é hoje uma realidade, inclusive no Brasil, onde alguns Tribunais de Justiça, como o do Distrito Federal (TJDFT) e o de Pernambuco, possuem programas de estímulo aos meios alternativos de solução de litígios.⁶²

Delimitando-se o presente trabalho à pesquisa acerca da mediação, discorrer-se-á a seguir sobre os meios alternativos de resolução de conflitos mais conhecidos e utilizados.

A negociação tem por principal característica prescindir da intervenção de terceiros. Nela são as próprias partes que argumentam na busca de uma solução para o conflito, por si ou por seus representantes. É muito comum, inclusive, na prática da advocacia.

O cumprimento do que restou acordado entre as partes, somente é obrigatório se à negociação for atribuída juridicidade, como a celebração de um negócio jurídico.

Tem se justificado que a negociação acontece naturalmente na vida do ser humano, atingindo desde a criança que negocia com outra o uso de um brinquedo, até os empresários que negociam uma parceria visando à melhoria de seus negócios, caracterizando-a como um acontecimento natural, antes de evidenciar-se como fato jurídico.⁶³

Nas relações internacionais, a negociação surge como o método próprio da diplomacia e representa o principal mecanismo para resolução de conflitos.⁶⁴

A arbitragem, como dito anteriormente, é uma forma heterocompositiva de resolução de conflitos, tendo por maior característica a imposição por um terceiro, o árbitro, da solução encontrada para dirimir a controvérsia. Está mais próxima da jurisdição, distinguindo-se desta por não ser atividade estatal.

De todos os meios de resolução de conflitos, a conciliação é o que mais traz elementos semelhantes aos da mediação, o que faz com que ocorra uma grande confusão conceitual.

No item a seguir, serão aprofundadas as definições da arbitragem e da conciliação, diferenciando-as da mediação, em uma tentativa de esclarecer melhor os pontos comuns e divergentes desses mecanismos que trabalham em prol da diminuição das controvérsias, quer no âmbito da justiça estatal, quer fora dele.

⁶² Disponíveis em www.tjdft.jus.br/trib/prog/media/prog_media.asp e www.tjpe.jus.br/concilia/.

⁶³ SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 36, 2004.

⁶⁴ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 117.

2.1.1 – Mediação e conciliação

Os mecanismos utilizados para a solução de controvérsias, também conhecidos como métodos alternativos de resolução de conflitos têm, como anteriormente afirmado, despertado grande interesse nos mais diversos países, inclusive no Brasil, o que vem ocorrendo com mais intensidade desde o advento da Lei nº 9.307/96 (Lei da Arbitragem).

Isto se deve, principalmente, ao fato de inexistir, na contemporaneidade, qualquer sistema jurídico capaz de atender às pretensões resistidas da sociedade respectiva sem contemplá-los.

O crescimento das economias, a massificação do consumo e o processo de globalização trouxeram a reboque o surgimento de um número sem fim de demandas que a justiça estatal não pode atender, pelo menos não através da prestação jurisdicional típica, que se dá, em regra, com a prolatação de uma decisão.

Após as duas grandes guerras do século XX, mais precisamente após o fim da segunda, que coincide com a metade final dos anos 1900, não subsiste dúvidas de que a vida no planeta mudou consideravelmente.

A reconstrução de vários países alavancou suas economias e a explosão de novas tecnologias, algumas utilizadas no decorrer da própria segunda guerra, trouxe novos horizontes à população mundial, como a melhoria dos meios de comunicação e o avanço da medicina, o que proporcionou a cura de diversas doenças e um sensível aumento na expectativa de vida.

Mudou o mundo e mudaram os comportamentos. A emancipação feminina, a revolução sexual, o surgimento do movimento *hippie* nos Estados Unidos, inicialmente um protesto contra a guerra do Vietnã, e os mais variados acontecimentos sociais e políticos, são retratos dessas mudanças.

A criação da rede mundial de computadores, a *internet*, já no final do século XX, representou uma revolução nas noções de tempo e espaço. Destruíram-se as barreiras, diminuíram-se ou mesmo acabaram-se as distâncias e o tempo passou a ter uma conotação de instantaneidade. Todos podem fazer tudo ao mesmo tempo e em qualquer lugar:

O tempo virtual, da mesma forma que o espaço, se separou das categorias comunitárias e naturais que configuraram o tempo real. O dia e a noite definiram o tempo para o trabalho e o descanso, mas agora se trabalha em lugares fechados diante de computadores, sem prestar atenção ao dia e à noite. Não interessam a

natureza e tampouco a comunidade; se antes havia horários reservados para determinadas atividades, agora desapareceram: na família, por exemplo, um trabalha, outro se diverte, outro passeia, outro compra, no mesmo horário, porque tudo pode ser feito a qualquer tempo.⁶⁵

Toda essa movimentação veio acompanhada da nítida impressão de que se vive uma nova era. Esta a fonte de uma das mais acaloradas discussões do século passado, que também vigora na atualidade e parece estar longe de terminar: chegou-se ou não ao fim da modernidade?

Os que comungam da certeza de que hoje já se vive a pós-modernidade ou “segunda modernidade”, para utilizar o termo cuja criação é atribuída a Ulrich Beck para conotar a fase marcada pela modernidade “voltando-se sobre si mesma” ou a era da “modernização da modernidade”⁶⁶, acreditam que o século passado promoveu rupturas e transformações capazes de, verdadeiramente, marcar o início de um novo período da história, uma nova era para a humanidade.

Outros há que crêem, no entanto, – e o presente trabalho apóia-se nesse entendimento – que, apesar das transformações a que se submeteu a modernidade, seu ciclo não chegou ao fim.

Nas palavras de Zygmunt Bauman, “a sociedade que entra no século XXI não é menos ‘moderna’ que a que entrou no século XX; o máximo que se pode dizer é que ela é moderna de um modo diferente”. Para o sociólogo polonês:

O que a faz tão moderna como era mais ou menos há um século é o que distingue a modernidade de todas as outras formas históricas do convívio humano: a compulsiva e obsessiva, contínua, irrefreável e sempre incompleta modernização (...). Ser moderno significa estar sempre à frente de si mesmo, num Estado de constante transgressão (...); também significa ter uma identidade que só pode existir como projeto não-realizado. A esse respeito, não há muito que distinga nossa condição da de nossos avós.⁶⁷

Ao defender a existência do movimento pós-modernista, Eduardo Bittar afirma que o mesmo ainda está em franco processo de produção, o que faz com que a linha histórica entre a modernidade e a pós-modernidade não esteja firmemente definida. Para o este autor, “se sabe menos sobre a pós-modernidade do que efetivamente acerca dela se especula”.⁶⁸

⁶⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**. Fundamentos de direito. São Paulo: RT, 2009, p.51.

⁶⁶ BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000, p. 12.

⁶⁷ BAUMAN, Zigmunt. op.c it., p. 36.

⁶⁸ BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 102.

Luís Alberto Warat, discorrendo sobre o que chama de “ética transmoderna”, a que se refere como o momento presente, de grande tensão ética, em que a busca pela responsabilidade e pela solidariedade se contrapõe a um lado perverso de uma ética do mercado e da empresa digital, onde os valores fazem parte dos negócios, afirma que a pós-modernidade jurídica surge onde o discurso da teoria pura e dos outros normativismos se dissolve em caminhos que se bifurcam:

Uma nova casta de juristas começa a pensar de outra forma: deixa de lado a produção de uma literatura jurídica que faz dos discursos teóricos, cheios de encontros eruditos e de seriedades simuladas, condição de existência acadêmica. Agora começa-se a escrever a pós-modernidade, confundindo estilos, transitando por vários deles, introduzindo a metáfora e a poesia abertamente como modo de pensar o Direito. Por outro lado, essas mesmas formas pós-modernas de expressão estética e o pós-estilo da literatura jurídica abriram espaço para a emergência de um novo paradigma, baseado na mediação como condutora da produção do Direito transmoderno.⁶⁹

Em verdade, mudanças estão a ocorrer e não se pode deixar de verificar a diminuição das preocupações com o universal e o aumento das preocupações com o local, com o grupo, com a diversidade de identidades, com a tolerância.⁷⁰

Tudo isto, porém, reflete a busca pela concreção do projeto levado a efeito pela modernidade.

O que importa salientar é que essa era em que o tempo tornou-se instantâneo e o espaço, muitas vezes, uma abstração, quer tenham-na como modernidade, quer aceitem-na como pós-modernidade, é a era dos meios alternativos de resolução de conflitos. De fato, como será visto mais adiante, a era da busca pelo equilíbrio, pela terceira via, a era da mediação.

A avalanche de acontecimentos que perpassaram o século XX os quais, além de aproximarem as pessoas, permitiu-lhes o acesso ao consumo, aqui entendido em sua acepção mais ampla, fez aumentar a possibilidade da ocorrência de conflitos, seja na família, seja na comunidade, entre o Estado e o cidadão, entre este e os fornecedores de bens e serviços, entre as empresas e até entre as nações.

O aumento dos conflitos, por sua vez, fez advir o crescimento de demandas e a busca natural por sua solução através do judiciário.

⁶⁹ WARAT, Luís Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 192.

⁷⁰ BITTAR, Eduardo C. B., **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 146.

No Brasil, como já afirmado no início deste capítulo, foi a Constituição de 1988 que promoveu o aumento na expectativa da população por um acesso mais fácil à justiça estatal.

A consequência, por óbvio, não poderia ter sido outra: o quase colapso dos serviços judiciários, preocupação de todas as pautas, assunto de todas as agendas, não somente do Estado, mas também da sociedade civil.

O ordenamento jurídico como um todo e a legislação processual civil, em particular, há muito prevêm a conciliação como forma de pôr fim a um litígio judicial, o que vem sendo estimulado ainda mais desde as reformas legislativas produzidas na década de 90 do século passado. Hoje constitui dever do magistrado dispor a conciliação às partes, a teor do que prescrevem os artigos 331, 447, 448 e 449, do Código de Processo Civil.

De fato, com a atual redação levada a efeito pela Lei nº 10.444/2002, o artigo 331 do estatuto processual prevê, desde 1994 (Lei 8.952), a designação, por parte do juiz, de uma audiência preliminar com vistas à conciliação das partes.

Já no Capítulo VII (da audiência) do Título VIII (procedimento ordinário) do Livro I (processo de conhecimento) do Código de Processo, há determinação expressa da lei no sentido de ser tentada a conciliação no início da audiência de instrução e julgamento (artigos 447 a 449).

Diversas leis esparsas, a exemplo da Lei 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais, prescrevem a tentativa de conciliação como uma fase do processo, um momento solene que não impede, no entanto, que as partes possam conciliar a qualquer tempo.

A conciliação está presente também na Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96). Prevê seu artigo 7º, § 2º, que, existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim, quando previamente tentará a conciliação acerca do litígio. Já o § 4º do artigo 21 da aludida lei, dada a proximidade entre os procedimentos da justiça estatal e da justiça arbitral, determina que compete ao árbitro ou ao respectivo tribunal, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, a qual, uma vez exitosa pode ser declarada mediante sentença arbitral.

O que mais diferencia a conciliação da mediação é a forma como a terceira pessoa que irá participar da prática atua junto aos interessados. Na conciliação, a figura do terceiro, que pode ser um órgão judicial, vai funcionar como um intermediário entre os litigantes. Nela são polarizados os direitos que cada parte acredita ter, eliminando-se os pontos incontroversos, para delimitar o conflito. O conciliador intervém com sugestões e alerta sobre a possibilidade de perdas recíprocas das partes, que por sua vez, admitem perder menos em um eventual acordo do que em um suposto sentenciamento desfavorável. Na conciliação está presente a linguagem binária, a ótica do ganhador-perdedor.

Na mediação deve ser buscada uma terceira alternativa, onde todos ganhem e ninguém perca, para tanto se utilizando da linguagem ternária. O terceiro, na mediação, não influenciará na decisão, que é exclusivamente das partes.

A propósito da linguagem ternária, de que fala Jean-François Six, vale ressaltar que ela se contrapõe à linguagem binária, tradução do pensamento daqueles que vêem tudo em preto e branco, que pensam o mundo como um grande campo de batalha entre o bem e o mal.

Neste aspecto, a “guerra fria” que se seguiu à Segunda Guerra Mundial, bem caracteriza a cultura adversarial própria do universo binário. De fato, a partir da segunda metade do século XX, o mundo ficou bi-polarizado, sob o domínio de dois grandes blocos militares, a Organização do Tratado do Atlântico Norte – OTAN, liderada pelos Estados Unidos e o Pacto de Varsóvia, capitaneado pela antiga União Soviética. Nos dias atuais, essa realidade tende a se refletir no que o ocidente passou a chamar de “eixo do mal”, referindo-se aos países onde se encontra presente o fundamentalismo islâmico.

Os binários são também adeptos dos vastos consensos, em que se apagam os verdadeiros confrontos e se apaga igualmente o “agir comunicacional” de que fala Habermas, um lugar intermediário, um terceiro termo, um espaço terceiro entre duas partes, que permite aos cidadãos cooperar na criação, dia a dia, da democracia. É nesse espaço que reside o pensamento ternário.⁷¹

Para Águida Arruda Barbosa, o pensamento ternário abre a possibilidade de muitas alternativas para uma determinada situação. Ao incluir o terceiro, propicia a discussão

⁷¹ SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 235.

do problema, fundamentando-a no reconhecimento do valor do outro, que se encontrava encoberto pela ausência do diálogo.⁷²

O mediador auxiliará as partes, ajudando-as a identificar e articular as questões essenciais que devem ser resolvidas durante o procedimento.⁷³

Já o objetivo primordial da conciliação é a celebração de um acordo. Em se tratando de um processo judicial, dito acordo representará sua extinção. Esta a razão de sua larga utilização e também outro critério que a diferencia da mediação. Nesta, o acordo reproduz uma consequência da prática e pode ocorrer ou não. O que realmente importa na mediação, como já dito, é a transformação do conflito, seja com vistas a perpetuar o relacionamento entre as partes envolvidas, seja para simplesmente diluir esse conflito de forma perene, de maneira a não reacendê-lo no futuro.

Na verdade, a celebração de um acordo pode significar o encerramento de um processo judicial, mas não necessariamente do conflito que a ele subjaz. Não raro, por permanecer intacto o conflito e toda a gama de emoções que o acompanham, uma nova demanda surge mais adiante e novo processo se inicia.

Petrônio Calmon aponta a conciliação como a forma de autocomposição que recebe a dimensão processual, isto é, ou é realizada em juízo ou é por ele homologada. Neste caso, as partes encaminham prévio acordo para o processo, com vistas à confirmação pela autoridade judicial.⁷⁴

A mediação, ainda que possa ser realizada no decorrer da tramitação de um processo judicial, não está, sob qualquer hipótese, atrelada à jurisdição.

2.1.2 – Mediação e arbitragem

A distinção entre mediação e arbitragem pode ser compreendida com muito mais nitidez, já que poucos são seus elementos comuns.

Em verdade, é praticamente a atuação de um terceiro no conflito e sua classificação como meio alternativo de resolução de controvérsias, que as aproxima.

⁷² BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: instrumento para a reforma do judiciário. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro. **Anais do IV congresso brasileiro de direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 29-39.

⁷³ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 50.

⁷⁴ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.141.

Como foi visto anteriormente, a crise estrutural do Estado, mormente em sua organização administrativa e judiciária, proporcionou o surgimento e a difusão dos chamados métodos alternativos de solução de disputas, sendo os mais conhecidos a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Segundo Pietro Perlingieri,

A arbitragem aparece como uma das formas mais evidentes de tal tendência: de uma parte desestataliza a função jurisdicional, atribuindo, de fato, o poder decisional a sujeitos fora da magistratura ordinária; de outra, põe os pressupostos para a criação de uma jurisprudência e de uma prática negocial referíveis a ordenamentos não nacionais como, por exemplo, a *lex mercatoria* como regra de disciplina uniforme das relações comerciais internacionais.⁷⁵

Apesar de fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro desde a colonização portuguesa, presente também no Código Comercial e no Regulamento 737, de 1850, além de figurar no Código de Processo Civil até 1996, a arbitragem, tomou novo impulso com a promulgação da Lei nº 9.307/96, a qual revitalizou o instituto, promovendo-lhe correções para adequá-lo aos padrões e interesses vigentes no cotidiano econômico contemporâneo.⁷⁶

A edição da lei da arbitragem trouxe novos horizontes também para os demais métodos alternativos de resolução de disputas, fazendo surgir de norte a sul do país Tribunais Arbitrais, Câmaras de Mediação e Arbitragem e outras entidades públicas e privadas voltadas para dita função.

A arbitragem possui larga utilização na seara empresarial, estando também muito presente nos contratos internacionais e, por consequência, no comércio exterior. Isto ocorre, em grande parte, porque o instituto faz vencer as incertezas e inseguranças que surgem naturalmente quando uma parte domiciliada em um país acorda um negócio com outra, domiciliada em outro país. A arbitragem é capaz de assegurar, assim, que eventual controvérsia existente em função do aludido contrato, seja decidida sem que haja a necessidade de se recorrer a um tribunal do país da parte adversa.

Inúmeras são as instituições que praticam a arbitragem internacional, sendo as mais conhecidas e procuradas a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale),

⁷⁵ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 39.

⁷⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**. Alternativas à jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 169.

com sede em Paris; a Corte de Arbitragem Internacional de Londres (London Court of International Arbitrations), com sede na capital inglesa; e a Associação Americana de Arbitragem (American Arbitration Association), estabelecida na cidade de Nova Iorque.⁷⁷

O Brasil, a exemplo de diversos outros Estados, elaborou sua lei nacional sobre arbitragem sob os auspícios da Lei Modelo da UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), órgão da Organização das Nações Unidas (ONU). A Lei Modelo foi aprovada em assembléia realizada em 11 de dezembro de 1985. Mas ainda em 10 de junho de 1958 foi assinada por 29 (vinte e nove) países, a convenção internacional sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, conhecida como Convenção de Nova Iorque e considerada o documento básico da arbitragem comercial internacional. Dita Convenção está hoje ratificada por quase todos os países importantes do mundo, inclusive o Brasil que, com indescutível atraso, somente o fez recentemente, tendo sido promulgada pelo Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002.⁷⁸

A entrada em vigor da lei brasileira de arbitragem representou uma transformação que adveio, em grande parte, da importância do instituto em face das relações comerciais internacionais.

O que difere substancialmente a arbitragem da mediação, é a posição assumida pelo terceiro: na arbitragem ele vai tomar uma decisão sobre o caso trazido; na mediação, o terceiro vai ajudar as partes a direcionarem, elas próprias, os rumos do procedimento, com vistas à transformação do conflito instalado, que pode ou não representar um acordo.

A arbitragem está mais próxima da jurisdição. Nela está presente a linguagem binária (ganhador-perdedor), já que o árbitro, não obstante ter sido escolhido livremente pelas partes e ser obrigatoriamente dotado de imparcialidade, decide o conflito em favor de um ou de outro litigante. Diz-se que a arbitragem é convencional em sua instituição e jurisdicional em seu funcionamento:

Os árbitros são juízes de fato e de direito, exercem a função pública de ministrar a Justiça e garantir a paz social e estão sujeitos aos mesmos requisitos de independência e imparcialidade dos juízes estatais. O processo arbitral, embora estabelecido por consenso das partes, deve observar os requisitos básicos do processo judicial, quais sejam o contraditório, a igualdade das partes, o livre

⁷⁷ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Uma introdução à arbitragem comercial internacional. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). **Arbitragem interna e internacional**. Questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29-31.

⁷⁸ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. op. cit., p. 19-20.

convencimento dos árbitros. A sentença arbitral deve ater-se aos contornos determinados pela lei, sob pena de nulidade. Tudo isso porque a convenção de arbitragem exclui o processo judicial, mas a sentença arbitral regularmente proferida obriga as partes e é passível de execução forçada perante os juízes e tribunais estatais, da mesma forma que a sentença judicial.⁷⁹

O traço de maior dissonância entre a mediação e a arbitragem é, dessa forma, o fato de que nesta a solução do conflito é externa às partes. Estas elegem livremente um terceiro imparcial – o árbitro – autorizando-o a tomar uma decisão que as obrigará. As partes, assim, por livre e espontânea vontade, se submetem à vontade de um terceiro, que exercerá a função de juiz.⁸⁰ Na mediação, diferentemente, as partes decidem e se responsabilizam por suas próprias escolhas. Na arbitragem, o árbitro se coloca entre as partes, mas acima delas, igualando-se à posição de juiz, o que não acontece na mediação, onde o mediador se posiciona ao lado das partes auxiliando-as a encontrarem, por si, a melhor alternativa para pôr fim ao impasse.

Por sua aproximação com a jurisdição, a arbitragem é regida por princípios aplicados à justiça estatal, como o contraditório, a ampla defesa, a igualdade de tratamento das partes, a imparcialidade e a independência do árbitro, bem como o livre convencimento do julgador.

Observa-se, ademais, que apesar de ser um meio alternativo à jurisdição para a resolução de conflitos, a arbitragem não tem por objetivo o acordo entre as partes, como ocorre na conciliação. No dizer de Walsir Edson Rodrigues Júnior, “não se trata de promover acordo, pois é o mérito da questão que deverá ser analisado e julgado pelo árbitro, devendo sua decisão constituir-se num título executivo judicial”.⁸¹

É óbvio, no entanto, como afirmado anteriormente, que as partes não estão impedidas de resolver o conflito mediante a celebração de um acordo, fazendo uso da conciliação. Eventual acordo, inclusive, pode ser homologado pelo árbitro, a teor do que dispõe o já mencionado § 4º do artigo 21, da Lei nº 9.307/96.

⁷⁹ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Uma introdução à arbitragem comercial internacional. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). **Arbitragem interna e internacional**. Questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 13.

⁸⁰ BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar**: instrumento para a reforma do judiciário. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro. Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 29-39.

⁸¹ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 50.

Finalmente, é mister salientar que podem ser levados à justiça arbitral os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, assim compreendidos os que podem ser objeto de renúncia, cessão, transferência, ou, de maneira geral, qualquer espécie de transação. É o que estipula o artigo 1º da Lei de Arbitragem, o qual também prescreve que todas as pessoas capazes de contratar podem se valer do instituto para dirimir litígios.

CAPÍTULO III – MÉTODO, LINGUAGEM E DINÂMICA DA MEDIAÇÃO

Três são os elementos que devem obrigatoriamente estar presentes em uma mediação: as partes, o conflito e o mediador. O conflito antecede a mediação, sendo a ela pré-existente. O mediador é o terceiro, neutro e imparcial, escolhido pelos próprios mediandos ou indicado por órgão estatal ou privado, que irá atuar como um facilitador, proporcionando às partes as condições ideais para que alcancem a solução mais favorável para o conflito.

Para que melhor se compreenda a dinâmica da mediação, forçoso é conhecer os partícipes dessa prática.

A parte que busca a mediação é identificada pela doutrina corrente como mediando. Quem é esse sujeito de direito?

Em verdade, o conceito de sujeito de direito percorre interessante caminho, atingindo seu ápice na modernidade, sob os auspícios do iluminismo.

Com o fim das guerras religiosas, o Estado moderno alcança sua plenitude. Com a revolução francesa, tem fim o absolutismo.

O iluminismo, por sua vez, surge e se desenvolve no espaço aberto pelo Estado para pôr fim à guerra civil religiosa. Em face da necessidade de tornar a paz mais duradoura, o Estado é estimulado a conceder ao indivíduo um foro interior que afeta pouco a decisão soberana, mas que se torna indispensável. A separação entre homem e súdito deixa de ser compreensível e passa-se a entender que o homem deve realizar-se politicamente como homem, o que provoca a degradação do Estado absolutista. Assim é que o foro interior privado ao qual o Estado havia confinado seus súditos serve de partida ao advento da inteligência burguesa, chegando-se a dizer que “cada passo para fora é um passo em direção à luz, um ato de esclarecimento”.⁸²

Dois são os movimentos sociais que marcaram o iluminismo no ocidente: a república das letras e as lojas maçônicas. Iluminismo e segredo são vistos como uma só compreensão histórica. Dessa forma, o burguês adquiria um ambiente edificado sobre a base

⁸² KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**. Rio de Janeiro: Contraponto/UERJ, 1999.

de igualdade de direitos, em que todas as diferenças eram niveladas, projeto que, na sucessão do tempo, não se concretizou.

O conceito moderno de direito subjetivo denota forte componente temporal: o passado é tido como espaço de experiência e o futuro compreendido como horizonte de expectativa. Para a história dos conceitos, experiência e expectativa são categorias que entrelaçam passado e futuro. Porém só se pode conceber a modernidade como um tempo novo a partir do momento em que as expectativas passam a distanciar-se cada vez mais das experiências feitas até então. Ao analisar semanticamente a expressão “tempos modernos”, Reinhart Koselleck aduz que dita expressão pode significar tanto que o tempo atual se opõe ao tempo passado, quanto que o novo tempo é inteiramente diferente do que o tempo anterior, até mesmo melhor. Pode trazer também um significado derivado desses dois, de que o tempo moderno é o tempo novo frente à Idade Média.⁸³

O alvorecer de um novo espaço de experiência a partir do século XVII foi capaz de estabelecer uma nova forma de lidar com a subjetividade, ultrapassando o sujeito a capacidade de conhecer para também produzir as regras sobre como conhecer. O sujeito deixa de ser visto sob o enfoque da sujeição para figurar como ator na produção do conhecimento, o que abala fortemente a teoria do direito.

Assim é que a evolução do conceito de sujeito de direito perpassa a história, chegando ao século XIX.

Já na passagem do século XIX para o século XX, a teoria desenvolvida por Sigmund Freud traz nova dimensão ao que se compreende por sujeito, contribuindo igualmente para a definição contemporânea de sujeito de direito.

Nesse aspecto, a psicanálise é verdadeiramente revolucionária. Ela vem nos apresentar o sujeito com toda a sua singularidade e dar a ele um lugar de sujeito único.

E em uma era de grandes transformações sociais, econômicas e jurídicas, época da globalização e da sociedade do consumo em massa, que não poucas vezes reduz o ser humano

⁸³ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC Rio, 2006.

e o transforma em objeto de gozo desse consumismo, a psicanálise traz de volta a valorização do indivíduo, ou seja, do sujeito.⁸⁴

A descoberta do inconsciente por Freud subverte sobremaneira a noção até então conhecida de sujeito.

Ao tempo em que reconhece a importância da teoria de Freud, Cornelius Castoriadis critica a ausência de reflexividade no consciente freudiano, que calcula ou raciocina na tentativa constante de estabelecer compromissos entre realidade e pulsões.

Para que se possa compreender a diferença entre a reflexividade como traço decisivo da subjetividade humana e uma simples consciência, é preciso que nesta consciência haja um acompanhamento. A auto-referência é um simples acompanhamento.⁸⁵

Na verdade, a expressão sujeito foi introduzida na psicanálise por Jaques Lacan, como forma de possibilitar que se trabalhasse com a hipótese de que existe o sujeito do inconsciente.

No entender de Rodrigo da Cunha Pereira, para o direito de família, “a Psicanálise tem especial importância na medida em que, ao revelar o sujeito do inconsciente, estará trazendo à consciência a verdadeira razão de um litígio, por exemplo”.⁸⁶

De fato, é através do inconsciente que se revela muitas vezes a causa de demandas judiciais infundáveis, verdadeiros martírios que prendem as partes a uma teia de conflitos de difícil solução.

É o sujeito do inconsciente que se apresenta na cena jurídica e eterniza, por exemplo, uma separação litigiosa como forma inconsciente de fazer durar uma relação, mantendo-se vinculado pelo ódio, que sustenta tanto quanto o amor, o vínculo conjugal.⁸⁷

E com a revelação do sujeito do inconsciente, descobre-se igualmente que o sujeito é essencialmente desejo. Assim é que o sujeito de direito é o mesmo sujeito do desejo, já que onde se encontra o desejo, está o sujeito.

⁸⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família e psicanálise: uma prática interdisciplinar. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, n. 62, mar. 2001, p. 25-32.

⁸⁵ CASTORIADES, Cornelius. **Sujeito e verdade no mundo social histórico**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

⁸⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 51 e 52.

⁸⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. op. cit., p. 9.

Quando o sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica de direito de família paga pensão alimentícia, casa, separa, reconhece ou não a paternidade, cumpre ou descumpre deveres estabelecidos na lei, pratica atos permeados pelo desejo. Quer isto dizer que os atos e fatos jurídicos não se realizam apenas na ordem da objetividade. Há, portanto, uma subjetividade que não pode ser desconsiderada pelo direito.⁸⁸

Afirma-se, com fundamento no pensamento lacaniano, que não haveria possibilidade de se pensar um sujeito humano com direitos e deveres enunciados *a priori* e universalmente. Na verdade, é com o desejo que o sujeito está comprometido e seu esforço ético é o de responder por aquilo que faz e diz, e pelo desejo que habita sua fala e sua ação.⁸⁹

É esse sujeito do desejo que será partícipe da mediação, aqui conceituada como um método fundamentado, teórica e tecnicamente, por meio do qual uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina os mediandos a despertarem seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito. Esta definição advém da ótica da comunicação.⁹⁰

É com tal comportamento que as ciências humanas florescem no terreno das relações jurídicas, fazendo surgir a necessidade de um conhecimento interdisciplinar, apto a complementar a prática social.

Não se quer aqui propagar a necessidade da existência de juízes psicanalistas; apenas se quer demonstrar que o conhecimento interdisciplinar se apresenta como importante ferramenta para uma compreensão mais completa do conflito, facilitando sua dissolução.

O mediador, por sua vez, é o terceiro que tem por objetivo despertar esses recursos pessoais dos mediandos com vistas a que consigam transformar o conflito. Ele deve estar apto a transpor as resistências e obstáculos que os mediandos trazem à lume, em face de suas posições antagônicas. Cabe ao mediador restabelecer ou até mesmo estabelecer, caso ainda não tenha existido, a comunicação entre as partes. No dizer de Fernanda Tartuce, o

⁸⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 9.

⁸⁹ GONDAR, João. Ética, moral e sujeito. In: ALTOÉ, Sônia (Org.). **Sujeito do direito e sujeito do desejo**. Direito e Psicanálise. Rio de Janeiro: Revinter, 2004.

⁹⁰ BARBOSA, Águeda Arruda. **Construção dos fundamentos teóricos e práticos do código de família brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2007.

papel do mediador é o de “facilitador do diálogo, para que, por meio deste, as partes possam voltar a protagonizar a condução de seus rumos de forma não competitiva”.⁹¹

Eduardo Cárdenas define o mediador como um perito na arte de devolver às partes sua capacidade negociadora, de permitir-lhes que recuperem a possibilidade de gerir, elas próprias, a vida familiar, acordando soluções inteligentes e benéficas.⁹² Isto só é possível, evidentemente, com o estabelecimento do diálogo.

Algumas características pessoais são necessárias ao mediador, entre elas a discrição. Esta qualidade, além de facilitar sua atuação, faz com que os mediandos adquiram maior confiança naquele que vai ajudá-las na busca por soluções criativas e eficientes.

A paciência e a sensibilidade são outras importantes ferramentas para o ofício do mediador.

A formação do mediador tem despertado preocupação quanto à reserva do mercado pelos advogados, já que estes, conhecendo a legislação, teriam maior aptidão para delimitar o campo de atuação dos mediandos.

No entanto, não há como aceitar a mediação como uma prática interdisciplinar e reservá-la exclusivamente aos profissionais da área do direito. É certo que a presença de um ator do campo jurídico facilitará a verificação de um eventual acordo como possivelmente exeqüível. Porém, além de não constituir o acordo condição necessária à realização de um exitoso procedimento de mediação, é imperioso reconhecer que a atuação do mediador não se restringe ao aspecto jurídico do caso. A atividade não se limita à subsunção dos fatos às normas; está muito mais afeta à comunicação das partes visando conduzi-las a uma reflexão sobre seus papéis na relação conflituosa e sua responsabilização quanto à sua reorganização.⁹³

Essa a razão de o aperfeiçoamento da mediação passar, indiscutivelmente, por uma análise multidisciplinar.

Nada impede, no entanto, que as partes se façam assistir por advogados durante a realização da mediação. A participação dos causídicos, neste caso, será consubstanciada no

⁹¹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008, p. 230.

⁹² Tradução livre de: “El mediador o la mediadora es un experto en el arte de devolver a las partes su capacidad negociadora, de permitirles que recuperen su posibilidad de gestionar la vida familiar ellos mismos acordando soluciones inteligentes y beneficiosas”. CÁRDENAS, Eduardo José. **La mediación en conflictos familiares**. Buenos Aires: Lumen, 1999, p. 18.

⁹³ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008, p. 233.

assessoramento técnico que possa auxiliar os mediandos em sua tomada de decisão. O Código de Ética e Disciplina do Advogado, inclusive, estipula como um dos deveres deste profissional, o estímulo à conciliação entre os litigantes, prevenindo-se, sempre que possível, a instauração de litígio (artigo 2º, parágrafo único, inciso VI).⁹⁴

A atuação de dois mediadores oriundos de áreas do conhecimento distintas, conhecida como co-mediação, talvez possa representar um modelo ideal de mediação, se é que se pode apontá-lo, já que permitiria uma análise técnica mais abrangente do caso. Entretanto, nada impede que o mediador se valha do conhecimento técnico de profissionais de outras áreas para melhor gerenciar o andamento da mediação, desde que, é claro, sejam obedecidos os princípios, aqui entendidos como pressupostos, necessários à realização de um procedimento adequado.

Cárdenas, ao definir o mediador, caracteriza a peculiaridade desse profissional:

Não é um advogado, porque não se envolve nem defende ninguém; não é um juiz, porque não decide o que vai ser feito; não é um psicólogo, porque não põe o foco sobre as causas intra-psíquicas da capacidade de negociar; não é um assistente social, porque não assessora sobre recursos sociais, senão sobre os que todo o grupo familiar tem em si mesmo.⁹⁵

O mediador é um terceiro neutro que deve conduzir o processo sem decidir. Seu trabalho deve apresentar uma metodologia que atenda a alguns objetivos básicos. Deve o profissional mediador centralizar as discussões nos problemas trazidos e não nas pessoas; a investigação deve fundar-se nos interesses, desarmando-se o discurso infértil da posição; deve o mediador prestar bastante atenção às emoções dos mediandos, já que os mesmos mecanismos psíquicos que levam as pessoas a deslocarem a atenção do objeto da discussão para os sujeitos que discutem, são os que os levam a fantasiar valores e situações fora da realidade que sempre dificultam um manejo satisfatório do conflito.⁹⁶

A neutralidade do mediador é condição primeira para a realização da mediação. Não há questionamentos sobre sua imparcialidade. Assim como o juiz, o mediador deve, por óbvio, manter-se equidistante das partes. Ao contrário do julgador, porém deve o mediador

⁹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.420.

⁹⁵ CÁRDENAS, Eduardo José. **La mediación en conflictos familiares**. Buenos Aires: Lúmen, p. 18. Tradução livre de: “No es un abogado, porque no se embandera ni defiende a nadie; no es un juez, porque no decide él qué se va hacer; no es un psicólogo, porque no pone el foco sobre las causas intrapsíquicas de la incapacidad de negociar; no es un trabajador social, porque no asesora sobre recursos sociales sino sobre los que todo grupo familiar tiene en sí mismo”.

⁹⁶ SILVA, João Roberto da. **A mediação e o processo de mediação**. São Paulo: Paulistanajur, 2004, p. 109-111.

ser neutro, não decidindo ou mesmo fazendo sugestões às partes. Ao julgar procedente ou improcedente um pedido no bojo de uma ação, o juiz decide o conflito diante de seu convencimento e a neutralidade desaparece, permanecendo a imparcialidade.

Ainda sobre a deontologia do mediador, faz-se imperioso destacar a importância das habilidades que o mesmo deve possuir. Essas habilidades são consideradas necessárias e indispensáveis para o exercício da função, destacando-se, além da imparcialidade e da paciência, já referidas, a capacidade de análise, a capacidade de saber escutar, a habilidade para se expressar, a criatividade, a flexibilidade, a sensibilidade, a capacidade de adaptação e a estabilidade emocional.⁹⁷

A depender da matéria em discussão, será igualmente necessário para o êxito da mediação, que o mediador dela possua conhecimentos específicos.

Para o correto desempenho do mediador no decorrer do procedimento, aponta-se como imprescindível que o mesmo tenha conhecimento da teoria e da técnica da mediação, além da obrigação de fazer tudo que considere adequado e conveniente para ajudar as partes a restabelecerem a comunicação, ou até mesmo a estabelecerem-na, como acontece em muitos casos:

Costuma-se dizer que o bom critério do mediador determinará a procedência e oportunidade das reuniões. Os mediadores devem permitir que as partes exponham seus pontos de vista de forma completa sem interrupções indevidas. A fixação clara e precisa da matéria facilita a solução do conflito, impede perdas de tempo precioso que deve destinar-se à mediação e evita a “volta para trás” no estado das conversações, posto os pontos que vão sendo acordados deverem ser consignados a termo.⁹⁸

A linguagem da mediação é a linguagem ternária, aquela que se contrapõe à linguagem binária, geralmente utilizada pelos juristas, onde predomina a bi-polaridade, a lógica do ganhador-perdedor.⁹⁹

De fato, a mediação busca a terceira via, diminuindo a tensão típica da crise instalada entre as partes. Não pode, assim, ficar à mercê de, unicamente, duas alternativas.

⁹⁷ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 111.

⁹⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**. Alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 163.

⁹⁹ SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 217-219.

A doutrina mais consentânea com a mediação familiar na feição apresentada pelo presente estudo, não diverge quanto a necessidade de alguns pressupostos aptos a regerem o procedimento, a que chamam de princípios.

Leticia García Villaluenga resume o posicionamento majoritário, apontando como princípios que regem a mediação a voluntariedade, a imparcialidade, a neutralidade, a confidencialidade e o profissionalismo.

A voluntariedade é característica que diz respeito exclusivamente aos mediandos e denota a natureza jurídica negocial da mediação, o que será trabalhado adiante. A confidencialidade é exigida de todos os partícipes, sendo os outros princípios privativos do mediador.

Segundo Villaluenga, a voluntariedade é um princípio fundamental da mediação, reconhecido em praticamente todos os instrumentos internacionais que tratam do assunto, em especial o “Livro Verde sobre modalidades alternativas de solução de conflitos no âmbito do direito civil e mercantil”, consubstanciado na Recomendação nº R (98)¹ do Comitê de Ministros dos Estados da Comunidade Européia¹⁰⁰.

É através da vontade das partes que a mediação pode ter início, quer por iniciativa delas próprias, quer por convite do órgão jurisdicional, no caso de já ter sido, ao menos, protocolada a ação judicial. Isto porque em alguns Tribunais, como no Tribunal de Justiça de Pernambuco, os juízes remetem às Câmaras de Mediação e Arbitragem os processos que podem ser objeto de mediação, sendo então expedidas cartas-convite para a realização da sessão antes mesmo da triangulação processual.

O que não pode ocorrer é privar-se as partes de acorrerem à via jurisdicional. Até porque há preceito constitucional que proíbe que se exclua do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito. Trata-se do inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição da República.

Cumpram-se, entretanto, que a prática da mediação não implica em violação ou descumprimento do referido comando constitucional. Em verdade, a interpretação do dispositivo, mais consentânea com o sistema, é a de que as pessoas não estão obrigadas a ingressar em juízo toda vez que os seus direitos sejam desrespeitados por alguém. Na

¹⁰⁰ VILLALUENGA, Leticia García. **Mediación en conflictos familiares**. Una construcción desde el derecho de familia. Madrid: Reus, 2006, p. 384.

abordagem de Walsir Edson Rodrigues Júnior “o que há na Constituição é uma garantia do direito de ação; não há nenhuma imposição para ingresso em juízo.”¹⁰¹

Verifica-se, assim, que o recurso à mediação é perfeitamente compatível com o sistema constitucional brasileiro e não exclui a apreciação do litígio pelo Judiciário. De fato, ainda que as partes se utilizem da mediação, poderão recorrer à Justiça do Estado para executar, ou até mesmo anular eventual acordo mediado, mas que, de alguma forma, esteja viciado.

Nem mesmo a tentativa de mediação obrigatória como pressuposto para o ingresso em juízo, como acontece na Argentina, é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Isto porque, ainda que não seja a maneira mais correta de instituir-se a mediação em um país, já que fere um dos princípios basilares do instituto, o da voluntariedade, a obrigatoriedade da tentativa de mediação como condição para o ajuizamento da ação, não viola a garantia de acesso ao Judiciário, acima mencionada, consubstanciada no direito subjetivo público de ação constitucionalmente assegurado, aqui entendido como o direito a ver movimentada a jurisdição. No caso, afetado estaria somente o direito de agir, compreendido como o direito de estar em um procedimento. Acrescentar-se-ia apenas mais uma exigência a tornar apto o interesse de agir, como condição da ação (artigo 267, VI, do Código de Processo Civil).

Discorrendo sobre a diferença entre direito de ação e direito de agir, argumenta Elaine Noronha Nassif que

a exigência de interesse e capacidade, bem como das outras condições e pressupostos pertinentes ao direito de agir, são, como sabido, verificados após exercido o direito-de-ação pelo autor e pelo réu, ou seja, depois de iniciado o processo (visto como procedimento em contraditório), ou seja, de movimentado o judiciário, isto é, de protocolizada a petição inicial. Sem a inicial não se inicia qualquer procedimento, não há possibilidade concreta de apreciação do direito de agir, direito esse submetido a condições que, se preenchidas, levam o judiciário ao poder-dever de manifestar-se sobre o requerimento ou pedido formulado na inicial. Assim, somente após o direito-de-ação é que se apreciará o direito de agir.¹⁰²

A propósito da voluntariedade, esta se estende à escolha, pelas partes, do mediador. Em comentário à Lei 4/2004, de 31.05.2004, reguladora da mediação familiar na Galícia, Leticia García Villaluenga explica:

¹⁰¹ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 153.

¹⁰² NASSIF, Elaine Noronha. Direito-de-ação e direito de agir: fundamentos. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo**. Porto Alegre: Síntese, 2000, v. 1, p. 113.

Da mesma maneira, dita autonomia se estende à eleição do mediador pelas partes, dentre os inscritos no Registro de Mediadores, salvo se não for efetuada a escolha por ambos os solicitantes e o órgão competente para fazê-lo proceda à designação. A voluntariedade, que há de se manter durante todo o processo, afeta continuamente a designação do mediador, já que a lei permite que as partes, a qualquer momento, possam manifestar seu desacordo com a pessoa mediadora por elas designada de comum acordo, rechaçando sua intervenção. Nesta hipótese, poderão acordar a designação de um novo mediador ou, em outro caso, aceitar a pessoa designada pelo órgão competente.¹⁰³

A lei argentina que regulamenta a mediação a tornou obrigatória, como condição de ingresso em juízo, o que afronta veementemente o princípio da voluntariedade. A constitucionalidade da Lei 24573/95¹⁰⁴ vem sendo questionada naquele país. Às partes ainda resta como autonomia, de qualquer sorte, a decisão de submeterem-se ou não à mediação obrigatória, dando continuidade à primeira sessão.

Outra característica primordial da mediação é a imparcialidade, uma exigência que necessariamente há de ser imposta ao mediador.

É necessário não só que o mediador haja com imparcialidade, mas que os mediandos a percebam, identificando-a com a atuação equitativa do terceiro:

Sua essência reside no fato de que não se assume a posição de nenhuma das partes em conflito, já que não se pretende julgar qual delas tem razão ou em que medida, o que a diferencia de um procedimento judicial e, portanto, da intervenção de um juiz; nem se trata de assumir a defesa das mesmas, nem de seus interesses, o que a distingue da intervenção dos advogados.¹⁰⁵

O “Livro Verde” da mediação – Recomendação (98)1 das Comunidades Européias Autônomas, que serve de fonte informal das leis de tais Estados, distingue imparcialidade de neutralidade, identificando esta última como a atitude do mediador frente ao possível resultado do procedimento de mediação. A autora espanhola entende que a

¹⁰³ VILLALUENGA, Leticia García. **Mediación en conflictos familiares**. Una construcción desde el derecho de familia. Madrid: Reus, 2006, p. 387-388. Tradução livre de: “Asimismo, se extiende dicha autonomía a la elección por las partes del mediador, de entre los inscritos en el Registro de Mediadores, salvo que no se efectúe la designación por ambos solicitantes y tenga que ser la Consellería competente quien proceda a designarle. La voluntariedad, que ha de mantenerse durante todo el proceso, afecta de continuo a la designación del mediador, ya que la Ley permite que las partes en cualquier momento del mismo, puedan manifestar su desacuerdo con la persona mediadora por ellas designada de común acuerdo, rechazando su intervención. En este supuesto podrán convenir la designación de una nueva persona mediadora o, en otro caso, aceptarán a la persona designada por la Consellería competente”.

¹⁰⁴ Disponível em <http://defenpo3.mpd.gov.ar/web/legislacion/leyes/textos/24573txt.htm>. Acesso em 03.09.2009.

¹⁰⁵ VILLALUENGA, Leticia García. op. cit., p. 396. Tradução livre de: “Su esencia radica en que no se asumen las posiciones de ninguna de las partes en conflicto, ya que no se pretende juzgar cuál de ellas tiene razón o en que medida, lo que le diferencia de un procedimiento judicial y, por tanto, de la intervención de un juez, ni se trata de asumir la defensa de las mismas, ni de sus intereses, lo que le distingue de la intervención de los abogados”.

neutralidade vem vinculada ao fato de que os valores, sentimentos e prejuízos do mediador não devem constituir um obstáculo ao processo.¹⁰⁶

A confidencialidade reside na obrigação de se manter reserva sobre o desenvolvimento e conteúdo do processo de mediação. O mediador deve manter segredo sobre os fatos e circunstâncias que a si tenham sido confiados, não podendo testemunhar em processo litigioso. Às partes compete não utilizar os fatos reconhecidos no contexto da mediação, em processo judicial posterior. A confidencialidade alcança também, qualquer outra pessoa que, proposta pelo mediador e aceita pelos mediandos, tenham participado do processo como consultoras.

O profissionalismo, por fim, diz respeito à formação do mediador que, como já visto, é questão bastante delicada, ainda não enfrentada em vários países, a exemplo do Brasil, onde não existe uma norma unificadora. Na Espanha, enquanto é aguardado um código deontológico, as diversas comunidades são unânimes em considerar que não pode haver *numerus clausus* de titulações para aqueles que desejam exercer a profissão de mediador. A existência de colegiados profissionais naquele país, tem contribuído muito para o desenvolvimento e controle da atividade.¹⁰⁷

Referindo-se a realidade espanhola, o que pode também ser aplicado em outros Estados, Carmen Muñoz García assevera que a carência de normatização não tem repercutido no interesse dos profissionais das mais diversas áreas em implicar-se com a mediação, nem tem emprestado menor dedicação ao tema por parte da doutrina.¹⁰⁸

Walsir Edson Rodrigues Junior aponta a neutralidade e imparcialidade do mediador, além de sua credibilidade, como um dos cinco princípios da mediação, sendo os demais o seu caráter voluntário, que reside na liberdade das partes na escolha da utilização para a resolução do conflito; a não adversariedade; a flexibilidade e informalidade do processo, dada a possibilidade de as partes, auxiliadas pelo mediador, estabelecerem as regras e a mecânica do procedimento; e a confidencialidade do processo, que é a garantia dada às

¹⁰⁶ Tradução livre de: “En nuestra opinión, la neutralidad viene vinculada al hecho de que los valores, sentimientos y prejuicios del mediador no deben constituir un obstáculo al proceso”. VILLALUENGA, op. cit., p. 404.

¹⁰⁷ VILLALUENGA, Leticia García. **Mediación en conflictos familiares**. Una construcción desde el derecho de familia. Madrid: Reus, 2006, p. 450.

¹⁰⁸ MUÑOZ GARCÍA, Carmen. Aspectos jurídicos de la mediación familiar. **Revista de derecho privado**. Madrid: Edersa, mar./abr., 2003, p. 257 e 258.

partes envolvidas, de que as informações, de qualquer natureza, passadas ao mediador, não serão repassadas a terceiros alheios ao processo.¹⁰⁹

Não existem regras rígidas quanto aos aspectos formais da mediação. No Brasil, à míngua de regulamentação e considerando-se as necessárias flexibilidade e informalidade que devem nortear o procedimento, o que há são recomendações que foram construídas no decorrer da prática, algumas já tratadas como consenso entre os mediadores.

O atendimento das partes deve ser feito em conjunto, o que permitirá aos mediandos sentirem-se mais seguros, criando a necessária confiabilidade entre estes e o mediador.

A mediação tem um tempo próprio, tanto quanto ao momento de acontecer, o que deve ser decidido exclusivamente pelas partes, quanto no que se refere à duração das sessões, o que vai variar em função dos acontecimentos, ficando a cargo do mediador essa decisão. Os especialistas recomendam que as sessões não durem mais de uma hora, tempo considerado suficiente para o gerenciamento de cada fase, cabendo ao mediador limitar esse tempo a fim de que as partes sintam que há um período a ser utilizado e obedecido por cada qual, que pode ser melhor administrado, evitando-se desperdícios e demonstrando-se que apenas queixas, lamúrias ou agressões mútuas não colaborarão para o restabelecimento da comunicação. Aliás todas as regras do procedimento devem ser estabelecidas na primeira sessão da forma mais clara possível, cabendo às partes o dever de colaboração, podendo os mediandos serem sempre advertidos sobre seu comportamento no decorrer do procedimento.

Deve ser igualmente observado o local onde ocorrerão as sessões. O ambiente deve ser arejado e tranquilo, evitando assim que fatores externos influam no bom andamento da mediação. Alguns especialistas entendem que não devem ser utilizadas mesas, já que, além de denotarem simbolicamente uma barreira entre as partes, podem sugerir hierarquia entre mediador e mediandos. O ideal seria dispor cadeiras de forma a serem usadas indiferentemente por qualquer partícipe. É de suma importância que o ambiente seja disposto de maneira a deixar os mediandos à vontade.

Um último aspecto a ser tratado no presente Capítulo é a natureza jurídica da mediação. É certo que nem sempre a questão da natureza de um instituto apresenta

¹⁰⁹ RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 85-92.

importância, mostrando-se muitas vezes um desserviço sua exploração em um trabalho acadêmico. Não é, absolutamente, o caso da mediação.

Demonstra-se necessário o enquadramento do instituto da mediação, para que o jurista opere com as categorias adequadas, evitando equívocos.

Uma parte da doutrina compreende a mediação como um instituto de direito processual civil. A mediação, a exemplo da arbitragem e da conciliação seria um equivalente jurisdicional, posição defendida pela maioria dos processualistas.

O presente trabalho concebe a mediação com natureza jurídica de direito privado, alicerçada que é, fundamentalmente, na vontade das partes.

Com o surgimento do Estado social, o direito das obrigações passa a ser orientado e funcionalizado sob a perspectiva de liberdade das relações privadas com restrições em prol da sociedade. Essas restrições, que se verificam sob o domínio da solidariedade social, não atingem somente as relações dos indivíduos com o Estado, mas também as relações dos particulares entre si:

As grandes figuras do direito privado clássico, desenvolvidas sob o império do liberalismo já não mais são suficientes paradigmas do direito privado do Estado Social, porque hoje se atribui à propriedade, aos contratos, aos meios de produção, como a outros institutos do direito civil, uma função social global. Esses institutos são considerados meios de distribuição justa de riquezas, garantias da existência social apesar de se manifestarem como esfera da liberdade, como autonomia privada, e isto se dá em razão dos limites impostos em virtude da solidariedade social. Esse é também o paradigma do Estado contemporâneo, ainda que sob a perspectiva do neoliberalismo.¹¹⁰

No âmbito do direito de família, o princípio da autonomia privada e da menor intervenção estatal nos remete à recorrente questão do limite entre o público e o privado. Esta dicotomia, no entender de Rodrigo da Cunha Pereira, “nos ajuda a pensar a complexidade das experiências dos vínculos familiares”. Segundo Pereira, este “é um dos princípios que justifica, por exemplo, a não-intromissão do Estado para determinar que o casamento só pode acabar se se atribuir a algum dos cônjuges a culpa pelo fim da conjugalidade, como se houvesse um inocente e um culpado.”¹¹¹

¹¹⁰ TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. **Autonomia privada e princípios contratuais no código civil**. São Paulo: RCS, 2007, p. 51.

¹¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 199.

A autonomia privada é considerada como o poder jurídico de auto-regulamentação, outorgado pelo Estado aos particulares com vistas à auto-gestão de suas relações jurídicas. Esse “espaço” é limitado pelo próprio Estado através de normas cogentes, que não podem ser afastadas por tal regramento.

O negócio jurídico é o instrumento pelo qual se concretiza a autonomia privada. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo:

Além do direito das obrigações, há negócios jurídicos que são próprios ao direito de família, ao direito das coisas e ao direito das sucessões. Até mesmo nos direitos da personalidade, o Código Civil (art. 14) estabelece que é válida, com objetivo científico ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, delimitando espaço próprio de autonomia privada. A Constituição atribui à União a competência para legislar sobre direito civil (art. 22, I), mas também assegura competência aos sujeitos privados para configurar relações jurídicas com autonomia, por exemplo, celebrar contratos, estabelecer disposições testamentárias, contrair casamento ou constituir outra entidade familiar, vincular seu patrimônio com garantia de hipoteca ou penhor.¹¹²

A autonomia privada passou pelo século XIX de forma plena, dado o individualismo reinante no Estado liberal. No alvorecer do século XX, com o advento do Estado social, passou a ser compreendida através de sua limitação: somente poderia ser concebida mediante o estreitamento de seu espaço, por força do controle e restrição estatais e sociais. Acerca da funcionalização da autonomia privada, estabelece Paulo Luiz Netto Lôbo:

Em suma, a autonomia privada não mais pode ser concebida como espaço livre e desimpedido onde os particulares possam autorregular seus interesses, máxime quando o poder privado submete o outro juridicamente vulnerável. Sua função atual é muito mais a de permitir que os poderes privados atinjam o equilíbrio de direitos e obrigações, sem submissão de um titular a outro.¹¹³

A mediação, enquanto instrumento apto a pacificar conflitos, está perfeitamente adequada à categoria de negócio jurídico. Seu alicerce, como afirmado anteriormente, é a vontade das partes e não a vontade da lei. Ainda que a tentativa de submeterem-se as partes à mediação seja obrigatória, como ocorre na vizinha Argentina, preservada estará a autonomia privada, já que dita tentativa restará estabelecida como condição da ação, norma de direito processual, sem que possa ser considerada descaracterizada a mediação enquanto negócio jurídico.

Entende-se, da mesma forma, que a aceitação da mediação como princípio, portanto norma jurídica, não desconfigura a natureza negocial do instituto. Tal como a

¹¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil. Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 92.

¹¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. op. cit., p. 96.

autonomia privada, a presente dissertação considera a mediação como um princípio de direito privado, cumprindo ao poder público promovê-lo e garanti-lo, quer por intermédio da legislação, que por força de decisões judiciais, quer através do Poder Executivo, que deve realizar políticas públicas com vistas a sua consecução.

Vista dessa forma, é inteiramente viável a utilização da mediação como meio de pacificação de conflitos, desde que, por óbvio, respeite os pressupostos de validade do ato jurídico, quais sejam, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita em lei, além da boa-fé, princípio norteador das relações jurídicas.

Como negócio jurídico, deve a mediação preencher igualmente os requisitos de validade subjetivos e objetivos próprios da seara contratual.

Por fim, deve ser salientado que a mediação pode ser empregada de maneira satisfatória nas mais diversas áreas e sobre os mais diferentes conflitos, não devendo restar adstrita a questões eminentemente patrimoniais, como quer o Projeto de Lei que visa sua institucionalização. Na verdade, a experiência nacional e, principalmente, estrangeira, dá conta de um sem número de situações em que o instituto apresenta resultados positivos. É no direito de família, inclusive, que esses resultados são mais frutíferos e perenes.

CAPÍTULO IV – A MEDIAÇÃO NA PERSPECTIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA

Na perspectiva do direito de família, a mediação toma forma e importância que não são observadas em qualquer outro tipo de situação jurídica.

A família, lugar das realizações pessoais de cada um de seus membros, hoje concebida em uma vertente eudemonista¹¹⁴, em que o envolvimento afetivo garante um espaço de individualidade e privacidade indispensáveis ao desenvolvimento das pessoas¹¹⁵, é também, até pela estreiteza dos laços afetivos de seus componentes, terreno fértil para o florescimento de conflitos.

Desde a transição do matriarcado para o patriarcado primitivos, a família vem sofrendo constantes transformações. Nada, porém, pode ser comparado às mudanças operadas no século XX, que ocorreram em ritmo galopante.

Antes disso, no entanto, muitos foram os acontecimentos que contribuíram para que se chegasse aos modelos atuais de família.

Em texto que alude às transformações ocorridas na família no século passado, Luiz Edson Fachin as apresenta através de descrições fotográficas de três gerações, tempo suficiente para a transição entre o modelo de unidade produtiva com função nitidamente procracional e caráter exclusivamente patriarcal para lugar de realização da afetividade.¹¹⁶

A propósito da afetividade, Paulo Lôbo a distingue do afeto, em função de seu caráter objetivo:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na

¹¹⁴ Hannah Arendt afirma que eudemonia (do grego *eudaimonia*), é um vocábulo intraduzível e, talvez, até inexplicável. Não significa felicidade nem beatitude. Sugere a bem-aventurança, mas não no sentido religioso; “significa, literalmente, algo como o bem-estar do *daimon* que segue o homem durante toda a sua vida e que é a sua identidade inconfundível, mas que só transparece e é visível para os outros. Portanto, ao contrário da felicidade, que é um passageiro estado de ânimo, e da boa sorte, que pode visitar-nos em certos períodos da vida e ausentar-se em outros, a *eudaimonia*, como a própria vida, é condição duradoura: não pode ser mudada nem é capaz de produzir mudanças”. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 205-206.

¹¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 48.

¹¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. Da função pública ao espaço privado: aspectos da “privatização da família no projeto do Estado mínimo. **Revista Archê**. Rio de Janeiro: Archê, n. 24, a. VIII, 1999, p. 24-39.

realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.¹¹⁷

Retornando aos fatos que colaboraram para a transição do conceito de família, os documentos históricos muito têm ajudado os pesquisadores na busca por uma melhor compreensão dos fenômenos sociais que contribuíram para a formação de sua versão atual.¹¹⁸

Em trabalho que mapeou, através dos inventários da época, os dotes concedidos entre 1.600 e 1.900 na cidade de São Paulo, a norte-americana Muriel Nazzari aborda as transformações sociais ocorridas no período e que afetaram sobremaneira a família, em especial a passagem da ordem aristocrática à ordem burguesa, da “família extensa” à “família conjugal”, do pacto matrimonial como empreendimento ao casamento como escolha amorosa, entre outras:

Entre o século XVII e o final do século XIX, desenvolveu-se um novo conceito de propriedade privada. A família deixou de ser o *locus* da produção e do consumo, para se tornar principalmente o *locus* do consumo, ao mesmo tempo que ‘família’ e ‘empresa’ passaram a estar formalmente separadas. O poder da família extensa entrou em decadência e a família conjugal tornou-se mais importante; o casamento transformou-se, de questão predominantemente de propriedade, em relacionamento conhecido como de ‘amor’, cujos esteios econômicos já não eram explicitados.¹¹⁹

Muitos foram os movimentos sociais e legislativos que ajudaram a família a evoluir, transformando-a de maneira jamais pensada há, pelo menos, cem anos atrás.

No Brasil, as mudanças começaram já com o fenômeno da urbanização das cidades, mas foi a partir da década de 60 que aconteceram as maiores transformações, podendo ser tomados como marcos legislativos o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) e, o mais importante deles, a Constituição de 1988.

É possível falar em mudança de paradigmas, na concepção idealizada por Thomas Kuhn, para quem o fracasso das regras existentes é o prenúncio para uma busca de novas

¹¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil. Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 53.

¹¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil. Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. O autor se utiliza das pesquisas levadas a efeito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, mais especificamente da Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio – PNAD, com a finalidade de traçar um perfil atualizado da família.

¹¹⁹ NAZZARI, Muriel. **O desaparecimento do dote**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 22.

regras. Para este autor o avanço somente é possível porque algumas crenças ou procedimentos anteriormente aceitos são descartados e, simultaneamente, substituídos por outro.¹²⁰

A família perpassou o século XX em estado de crise, aqui entendida como a pré-condição necessária para o surgimento de novas teorias. Kuhn descreve o processo de mudança, assegurando que a transição de um paradigma para um novo não é um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma:

É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações. Durante o período de transição haverá uma grande coincide (embora nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo antigo paradigma e os que podem ser resolvidos pelo novo.¹²¹

Esta a situação pela qual passa o direito de família na contemporaneidade. Parte da doutrina e da jurisprudência ainda vacila entre os velhos e os novos paradigmas, muitas vezes por resistência mesmo às mudanças.

O presente trabalho entende que os avanços obtidos, de maneira especial no direito de família, foram proporcionados pela teoria científica denominada constitucionalização do direito civil, que tem como principais expoentes no Brasil Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Paulo Luiz Netto Lôbo, das Universidades Federais de Pernambuco e Alagoas (UFPE e UFAL) e Luiz Edson Fachin, da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

Alguns escritos são marcos desse movimento que reuniu estudiosos de todo o país para a criação de um fórum permanente de discussões, o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

Em artigo publicado em 1989, Paulo Lôbo enfrenta o fenômeno por ele nominado de “repersonalização das relações familiares”. Nele, o autor retrata o momento em que a pessoa humana passou a ser mais valorizada do que suas relações patrimoniais, sem que isso significasse um retorno ao individualismo reinante no Estado liberal. Até porque a valorização da pessoa se dá e se completa no grupo familiar. Só assim ela tem sentido.¹²² A propósito, não

¹²⁰ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 93-95.

¹²¹ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 107-116.

¹²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista brasileira de direito de família**. Porto Alegre: Síntese, n. 24, jun./jul., 2004, p. 136-156.

foi à toa que o constituinte de 1988 elegeu a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a liberdade como valores supremos do Estado brasileiro.

A constitucionalização do direito civil é criticada, entre outros motivos, por uma suposta redução da importância do direito civil frente ao direito constitucional. Seus defensores, no entanto, asseveram que o movimento é de adequação e conformação das normas de direito civil às normas constitucionais, estas efetivamente responsáveis pela unidade do sistema jurídico:

A constitucionalização do direito civil é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.¹²³

No que concerne ao direito de família, o capítulo da Constituição dedicado à instituição familiar promove sua tutela funcionalizando-a ao desenvolvimento das pessoas que a integram. Para Paulo Lôbo, “a entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros”.¹²⁴

Na trilha da valorização da pessoa humana e da solidariedade, fundamentos que passam ao longo de todo o ordenamento jurídico brasileiro, a mediação encontra terreno fértil para florescer. A sua prática irriga esse solo como uma seiva que dá concreção e sentido a ditos fundamentos, sendo ela própria, como se pretende demonstrar adiante, um princípio jurídico a ser observado no direito de família.

Para bem apresentar a mediação na perspectiva do direito de família, lança mão este estudo de outra teoria científica, esta desenvolvida pelo matemático e meteorologista Edward Lorenz, morto em 16 de abril de 2008, conhecida como “teoria do caos”, e que estuda as perturbações não raras vezes caóticas que pequenas alterações podem acarretar em sistemas complexos. Lorenz, acadêmico do *Massachusetts Institute of Technology*, apresentou no 139º Encontro americano para o Progresso da Ciência o trabalho intitulado “Predicabilidade: o bater de asas de uma borboleta no Brasil provoca um tornado no Texas?”, tornando célebre o chamado “efeito borboleta”, o qual, inclusive, inspirou o filme norteamericano (“The butterfly effect”) dirigido por Eric Bress e J. Mackye Gruber, exibido em 2004 e que conta a história de

¹²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil. Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35-50.

¹²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. op. cit., p. 52.

um jovem que, na tentativa de consertar um erro do passado, modifica por várias vezes suas atitudes nesse tempo remoto, trazendo consequências inesperadas para o futuro¹²⁵.

A assistente social inglesa Lisa Parkinson aproxima, em dois aspectos, a mediação da teoria do caos e, em especial, do “efeito borboleta”. Em primeiro lugar pelas perspectivas que a teoria oferece aos mediadores familiares, os quais procuram explicação para o fato de, mesmo seguindo os exatos procedimentos com as partes em conflito, alcançarem resultados tão díspares. E também pelo que Lorenz traduziu dos estudos científicos da década de setenta do século XX nos sistemas meteorológicos: a verificação de que pequenas ou até imperceptíveis alterações iniciais podem levar a enormes diferenças na formação final das coisas.

E exemplifica a mediadora familiar britânica:

Os casais à beira do divórcio podem estar muito distantes ou muito próximos um do outro. Ainda quando a distância entre eles possa ser medida, não será um indicador confiável do que existirá entre os mesmos ao final do processo de mediação. Ao longo do caminho, navegarão através de muitas correntes que podem alterar o curso que seguirá cada companheiro.¹²⁶

É possível concluir que, tanto no dia-a-dia da convivência familiar, seja no relacionamento entre casais ou entre pais e filhos, quanto na administração dos conflitos que surgem como resultado dessa dinâmica, cada atitude, cada pequeno ato praticado, terá forte repercussão no futuro, com franca capacidade de mudar o rumo, quer daquela convivência, quer dos processos conflituosos ou mesmo de ruptura que porventura possam surgir, sendo certo que, nestes casos, fundamental importância tem a figura do mediador, o qual pode ajudar as partes envolvidas a encontrarem uma maneira mais equilibrada e responsável para a resolução de seus impasses, com o menor risco possível de consequências negativas.

As relações intersubjetivas são recheadas de acontecimentos que formam não somente a história pessoal de cada um, mas também a própria memória desses relacionamentos.

¹²⁵ Disponível, entre outros, em <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI3471-15228,00.html>. Acesso em 10.10.2009.

¹²⁶ PARKINSON, Lisa. **Mediación familiar**. Teoría y práctica: principios e estrategias operativas. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 19-20. Tradução livre de: “Las parejas al borde del divorcio pueden estar muy distantes, o muy cercanas uno del otro. Aun cuando la diversa distancia entre ellos pudiera medirse, no sería un indicador fiable de la que existirá entre ellos al final del proceso de mediación. A lo largo del camino navegarán a través de muchas corrientes que pueden alterar el curso que seguirá cada compañero”.

Os conflitos, por sua vez, são inevitáveis, conseqüências mesmo da convivência entre as pessoas. E por isso mesmo as relações familiares proporcionam o mais intenso laboratório para o seu manejo.

Na verdade, o que determina o curso de uma relação é, em larga medida, dependente do modo como os partícipes se comportam em episódios de conflitos.

Wilmot e Hocker, citando Gottman, asseveram que manejar o conflito é uma das tarefas cruciais para a manutenção de um casamento.¹²⁷ É possível estender esta consideração para compreender que a administração do conflito tem o condão de fazer perdurar qualquer tipo de relacionamento. E ainda que o nível e a repetição dos conflitos não permitam manter um casamento ou qualquer união amorosa, faz-se imperiosa a transformação desses conflitos, para que possam, por exemplo, os casais que tenham filhos, perpetuar suas relações parentais de maneira responsável, já que, findo o relacionamento dos pais, estes vão continuar exercendo sua parentalidade ao longo de toda a vida.

Lisa Parkinson, fazendo referência a Gleick, afirma que o conflito em uma separação ou em um divórcio se encaixa muito bem na definição científica de turbulência:

O que é a turbulência? É uma confusão de desordem em todas as escalas, pequenos redemoinhos dentro de outros maiores. É instável. É sumamente desenfreada, o que supõe que a turbulência consome energia e cria obstáculos. O conflito no divórcio esbanja energia e gera obstáculos, assim como uma corrente de ar turbulenta em cima da asa de um avião cria uma resistência e dificulta o voo.¹²⁸

Porém, não é somente na separação ou no divórcio que os conflitos podem surgir no âmbito da família. Muitas são as possibilidades. Nas relações entre pais e filhos, avôs e netos e entre irmãos não é raro o nascimento de um conflito. Muito comuns também são os conflitos entre os membros das famílias recompostas.

Os conflitos nas relações familiares podem trazer frustrações capazes de abalar sensivelmente a auto-estima das partes neles envolvidas, dificultando ainda mais a possibilidade de um manejo adequado, o que pode ser agravado com o surgimento de um sintoma, que representa a cronificação desses conflitos, seguindo-se a aparição de uma

¹²⁷ WILMOT, William.W.; HOCKER, Joyce. L. **Interpersonal conflict**. New York: McGraw Hill, 2007, p. 3.

¹²⁸ PARKINSON, Lisa. **Mediación familiar**. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 17. Tradução livre de: “¿Qué es la turbulencia? Es una confusión del desorden a todas las escalas, pequeños remolinos dentro de otros mayores. Es inestable. Es sumamente desenfrenada, lo que supone que la turbulencia consume energía y crea obstáculos. El conflicto en el divorcio derrocha energía y genera trabas, así como una corriente de aire turbulenta encima del ala de un aeroplano crea una resistencia y dificulta el vuelo”.

enfermidade em algum familiar ou o fracasso social através do álcool, das drogas ou da delinquência.

Como já visto no Capítulo I, o conflito faz cessar a comunicação entre os envolvidos, sendo o restabelecimento dessa comunicação, ou mesmo o seu estabelecimento quando ela nunca tenha ocorrido, o principal objetivo da mediação.

Nesta, deve ser dada ênfase também ao encontro da melhor forma de dissolver o conflito, de maneira a que nenhuma das partes tenha a sensação de que a outra haja recebido uma vantagem injusta.¹²⁹

A imaginação deve ser usada para remover a perspectiva negativa do conflito, possibilitando sua compreensão como uma oportunidade de mudar a maneira de interagir com o outro.

A história pessoal de cada um, como a família de origem e outras influências, fazem a diferença no modo como se responde ao conflito.

E tal é a importância da comunicação nas relações intersubjetivas que, não raras vezes, as partes chegam a conclusão de que conflito não existiu propriamente, mas tão só um mau entendido, ou com maior precisão, uma compreensão distinta da realidade.

Outro fator que salienta a importância da comunicação em situações de conflito é que, quase sempre, as partes somente trazem de início, as causas superficiais do impasse, permanecendo os reais motivos do conflito submersos, necessitando de um exercício técnico, a ser produzido pelo mediador, para que sejam revelados. João Roberto da Silva alude à figura de um *iceberg* para traduzir tal fenômeno. Para este autor, “nenhum conflito é como se apresenta na superfície”.¹³⁰

O exercício que tem o poder de fazer revelar a verdadeira face do conflito é a escuta. A escuta é, sem sombra de dúvidas, a mais importante ferramenta do mediador. Uma escuta qualificada, voltada para fins determinados, é capaz de operar situações jamais imaginadas pelas partes para a dissolução de seu conflito.

¹²⁹ WORCHEL, Stephen; LUNDGREN, Sharom. La naturaleza y la resolución del conflicto. In: DUFFY, Karen Grover; GROSCH, James W.; OLCZAC, Paul V. (Orgs.). **Mediación**: la mediación y sus contextos de aplicación. Barcelona: Paidós, 1996, p. 42.

¹³⁰ SILVA, João Roberto da. **A mediação e o processo de mediação**. São Paulo: Paulistanajur, 2004, p. 101.

Daniële Ganancia, juíza de família no Tribunal de Grande Instância de Nanterre, França, atesta que a expressão das emoções das partes quase não tem lugar ou tempo no Judiciário. Por isto, a mediação familiar se apresenta como “o lugar da palavra”, onde as partes, uma em frente à outra, poderão verbalizar o conflito, tomando consciência de seu mecanismo e do que, verdadeiramente, está em jogo.¹³¹

No dizer de João Roberto da Silva,

É no discurso dos clientes que se encontram os reais desejos, de onde se depreendem os verdadeiros interesses, onde são revelados os medos mais profundos. Na mediação a escuta atenta dos clientes é a chave que abrirá as portas para conhecer e reconhecer os reais interesses e os meios de chegar a acordos onde esses interesses sejam respeitados. Este é o caminho para superar o conflito.¹³²

Para ilustrar o poder transformador da escuta na mediação, vale a pena mencionar experiência realizada pela mediadora norte-americana do Estado da Califórnia, Martha Uelmem, que relata um caso em que, tendo o marido pedido o divórcio e encontrando-se a mulher bastante assustada quanto a seu futuro, esta usava permanentemente de agressões e sarcasmos. Em uma das sessões, o homem revelou estar sofrendo com a atitude da esposa. Ela então, surpresa com o fato de que não era a única que sofria, pôs-se a dialogar com ele – e não contra ele – com vistas à conclusão do processo.¹³³

Também com o propósito de demonstrar o quanto de emoção está presente nas relações humanas, em especial aquelas travadas na família, relata a citada mediadora, também advogada, que após os ataques às torres nova-iorquinas do *World Trade Center*, em setembro de 2001, dois casais a procuraram para anular seus pedidos de divórcio, chegando um deles a afirmar que suas desavenças eram muito pequenas diante daquela tragédia. A mesma profissional teve experiência semelhante com três casais, quando da ocorrência do forte terremoto que abalou o norte da Califórnia, em 1989.¹³⁴

Verifica-se, nos dois últimos casos, que, muitas vezes, as emoções precisam ser organizadas, papel a que se presta a mediação; no entanto, um fator externo pode promover dita organização, ainda que não o faça de forma definitiva.

¹³¹ GANANCIA, Daniële. Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da co-parentalidade. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, n. 62, mar., 2001, p. 7-15.

¹³² SILVA, João Roberto da. **A mediação e o processo de mediação**. São Paulo: Paulistanajur, 2004, p. 96-97.

¹³³ UELMEN, Martha. O papel da fraternidade no direito familiar. In: CASO, Giovanni; CURY, Afife; CURY, Munir; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Orgs). **Direito e fraternidade**. São Paulo: Cidade Nova, 2008, p. 129.

¹³⁴ UELMEN, Martha. op. cit., p. 131.

A família que procura a mediação é uma família que está vivendo um momento de transição, também chamado de crise. Todo o sistema familiar está afetado. A reorganização é difícil e gera estresse, ainda que se saiba que é possível criar espaços para o crescimento futuro.¹³⁵

A psicanalista francesa Françoise Dolto fala da necessidade de “ventilar os afetos” no processo de separação, em prol dos filhos. Essa “ventilação” se dá com a humanização da separação através de um trabalho de preparação para dizer sobre a ruptura do casal em palavras e não em silêncio, onde se guardam as angústias, que terminam por se exprimir em variação de humor, estado depressivo ou de excitação, que a criança sente como um abalo na segurança dos pais.¹³⁶

E uma maneira de facilitar essa “ventilação dos afetos” é a participação de um terceiro, como o mediador, por exemplo, o qual irá tentar fazer com que os pais assumam realmente a responsabilidade por sua separação:

Alguns não têm necessidade de um terceiro, mas são pouco numerosos. Nos estados passionais, não se pode falar quando não há um terceiro. Por isso é que seria desejável que, antes de registrar o pedido de divórcio, os cônjuges tivessem a possibilidade de dizer, na presença de um terceiro, as razões pelas quais não vêem outra solução senão a separação, e isso em nome do sentido de sua responsabilidade, e não por queixas passionais superficiais. Falar na presença de um terceiro mobiliza afetos e pulsões que permitem, forçosamente, um trabalho no nível do inconsciente. Exprimir suas desavenças perante um terceiro ajuda os cônjuges a reconhecer sua relação interpessoal como insatisfatória, a confessar seu fracasso e a amadurecer sua decisão.¹³⁷

Complementa Dolto asseverando que dita “ventilação dos afetos” funciona melhor fora do processo judicial, já que neste os cônjuges estarão, naturalmente, mais empenhados no processo, produzindo-se alguns deslocamentos sintomáticos, a exemplo da reivindicação de certos objetos, possíveis pontos de fixação, verdadeiros “cavalos de batalha”.¹³⁸

Eduardo José Cárdenas identifica quatro tipos de situações em que a mediação familiar pode ser utilizada com eficácia: para resolver os problemas que surgem quando da separação de um casal, geralmente relativos aos filhos e aos bens; para solucionar as dificuldades que surgem com a formação de um novo casal (famílias recompostas); para

¹³⁵ CÁRDENAS, Eduardo José. **La mediación en conflictos familiares**. Buenos Aires: Lúmen, 1999, p. 23.

¹³⁶ DOLTO, Françoise. **Quando os pais se separam**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p.27.

¹³⁷ DOLTO, Françoise. op. cit., p. 27.

¹³⁸ DOLTO, Françoise. op. cit., p. 28.

solver os conflitos nas relações entre pais e filhos, em geral problemas de convivência; e nos casos de violência entre o casal.¹³⁹ Os casos de violência, no entanto, não são vistos pela maior parte da doutrina como adequados a se submeterem à prática da mediação familiar, quer pela necessidade de uma maior intervenção por parte do mediador, que não poderá manter-se suficientemente equidistante, quer pela enorme dificuldade de equilibrar a relação conflituosa, o que demandará um tempo que talvez não se disponha, já que medidas enérgicas devem ser tomadas de imediato sob pena do agravamento da violência.

Ao discorrer sobre a índole dos conflitos que podem ser solucionados por intermédio da mediação de uma maneira geral (patrão/empregado, locador/locatário, vizinhos, etc.), e em especial pela mediação familiar, Cárdenas aponta uma constante presente nessas situações: trata-se de conflitos entre pessoas que vão seguir mantendo o relacionamento no futuro.¹⁴⁰ Reforçando-se o que já foi argumentado no início deste Capítulo, aqui reside a importância da mediação familiar para aqueles que têm filhos, ainda que não mais convivam como casal.

Essa constante a que se refere Cárdenas está presente nas reflexões de Danièle Ganancia como uma das missões da justiça familiar contemporânea:

A mediação participa, com sua especificidade, de uma missão tripla da justiça familiar de hoje: pacificar o conflito, responsabilizar os protagonistas e permitir a continuidade das relações de co-parentalidade.

Ela não é, portanto, uma capitulação da justiça. Ao contrário: ela constitui um meio de assegurar uma justiça mais personalizada, mais em contato com o real e mais eficaz.¹⁴¹

O restabelecimento ou a manutenção do exercício da co-parentalidade é uma das mais importantes funções da mediação familiar. A necessidade de perpetuar essas relações familiares exige que, nesta modalidade de mediação, o mediador esteja qualificado para uma escuta especializada e se apresente com uma postura não-adversarial para cumprir a missão de esclarecer os limites das pretensões de cada um dos mediados, focalizando os pontos controvertidos e conduzindo as partes ao diálogo, o qual, muitas vezes, eles sequer hajam experimentado durante o convívio.¹⁴²

¹³⁹ CÁRDENAS, Eduardo José. **La mediación en conflictos familiares**. Buenos Aires: Lumen, 1999, p. 11.

¹⁴⁰ CÁRDENAS, Eduardo José. **La mediación en conflictos familiares**. Buenos Aires: Lumen, 1999, p. 15.

¹⁴¹ GANANCIA, Danièle. Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da co-parentalidade. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, n. 62, mar., 2001, p. 7-15.

¹⁴² BARBOSA, Águeda Arruda. Mediação: A clínica do direito. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, n. 62, mar., 2001, p. 41-48.

A mediação aplicada ao direito de família ou mediação familiar possui características próprias em face das peculiaridades apresentadas.

É, antes de tudo, um comportamento a ser almejado. As relações familiares necessitam de um espaço e de um tempo para reflexões, para a busca do equilíbrio, para a transformação do conflito, com ou sem a ajuda de um terceiro.

Os chamados operadores do direito devem ter sempre em mente essa possibilidade.

Complementando-se o que já foi explicitado quando da conceituação do instituto da mediação, no Capítulo 1, apresentar-se-ão a seguir algumas definições acerca da mediação familiar.

Em emblemática abordagem, que bem demonstra as dificuldades enfrentadas no decorrer do procedimento, Lenard Marlow define a mediação familiar como um procedimento imperfeito, que emprega uma terceira pessoa imperfeita para ajudar duas pessoas imperfeitas a concluírem um acordo imperfeito em um mundo imperfeito.¹⁴³

Stella Breitman e Alice Costa Porto sintetizam a mediação familiar como “um processo extrajudicial, não adversarial, onde uma terceira pessoa, o mediador, colocando-se numa posição imparcial, ajuda as partes a resolver, de maneira cooperativa e consensual, um conflito, uma pendência, um mal entendido entre elas, transformando critérios próprios pré-existentes”.¹⁴⁴

A mediadora inglesa Lisa Parkinson, com fundamento no Código Deontológico do Colégio de Mediadores Familiares do Reino Unido, de 1995, indica que a mediação familiar vem sendo definida como

um processo no qual uma pessoa imparcial ajuda os envolvidos em uma ruptura familiar, em especial os casais em vias de separação ou divórcio, a se comunicar melhor entre eles e a chegar a suas próprias decisões conjuntas, sobre a base de uma

¹⁴³ Tradução livre de : “Es un procedimiento imperfecto que emplea una tercera persona imperfecta para ayudar a dos personas imperfectas a concluir un acuerdo imperfecto en un mundo imperfecto”. MARLOW, Lenard. **Mediación familiar**. Barcelona: Granica, 1999, p. 31.

¹⁴⁴ BREITMAN, Stella Galbinski; PORTO, Alice Costa. **Mediação familiar**. Uma intervenção em busca da paz. Porto Alegre: Criação Humana, 2001, p. 48.

informação suficiente, a respeito de alguns ou todos os temas relacionados com a separação, o divórcio, os filhos, a economia ou o patrimônio familiar.¹⁴⁵

A mediadora Águida Arruda Barbosa, que trouxe para o Brasil o modelo francês de mediação, o qual vem sendo largamente desenvolvido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, e que deu origem ao Projeto de Lei nº 4.827/1998, como se verá adiante, parte da concepção adotada pelo artigo 1º da lei francesa (“Mediação é a atividade que facilita a comunicação, exercida por terceira pessoa, neutra, que escuta e orienta as partes, permitindo que encontrem uma solução consensual para o conflito que as opõem, ou que previna o litígio”) complementa que “a mediação familiar é uma atividade humana, que lida diretamente com o sofrimento humano, que é objeto desta prática, enquanto instrumento com a finalidade de conter a angústia e recuperar a adequada comunicação entre os mediandos”.¹⁴⁶

Das iniciativas apresentadas ao Congresso Nacional visando regular o instituto da mediação, duas merecem destaque. A primeira foi idealizada por um grupo de pesquisadores formado por Águida Arruda Barbosa, o então desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, Antônio Cezar Peluso, das psicanalistas e mediadoras Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga e do advogado Luís Caetano Antunes, e foi apresentada àquela casa legislativa em dezembro de 1998 pela deputada Zulaê Cobra Ribeiro, dando origem ao Projeto de Lei nº 4.827/98. Dito projeto é norteado pelo modelo europeu de mediação e seus criadores defendem uma legislação aberta, com cláusulas gerais que possibilitem maior mobilidade na concepção prática do instituto, considerando-se as diferenças existentes em um país como o Brasil, de dimensões continentais e enorme diversidade cultural.

A segunda iniciativa, não obstante pretender regular a mediação, exclui de seu âmbito de incidência as ações que envolvem direito de família, justamente onde estão os melhores resultados práticos obtidos, tanto nos países que institucionalizaram a mediação, como no Brasil, o que pode ser demonstrado através de estatísticas disponíveis, a exemplo da que retrata a prática levada a efeito pelo Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações

¹⁴⁵ PARKINSON, Lisa. **Mediación familiar**. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 28-29. Tradução livre de: “un proceso en el que una tercera persona imparcial ayuda a los involucrados en una ruptura familiar, y en especial, a las parejas en vías de separación o divorcio, a comunicarse mejor entre ellos y a llegar a sus propias decisiones conjuntas, sobre la base de una información suficiente, respecto de algunos o de todos los temas relacionados con la separación, el divorcio, los hijos, la economía o el patrimonio familiar”.

¹⁴⁶ BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar**: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da USP. São Paulo: USP, 2003, p. 86.

Populares – GAJOP em parceria com a Secretaria de Assuntos Jurídicos do Município do Recife.¹⁴⁷ Trata-se de um anteprojeto de lei concebido pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e apresentado ao Ministro da Justiça em 2002.

Hoje existe uma versão que deu origem a um novo projeto, mesclado com as idéias dos que foram mencionados, porém com predominância daquele idealizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual. Dita versão traz inúmeros artigos e minucioso disciplinamento, diferentemente do Projeto de 1998, o qual, com poucos dispositivos, apresenta um texto legal aberto, por onde as situações jurídicas podem se movimentar mais facilmente.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM não ficou distante das discussões sobre a mediação, sendo de sua autoria a redação do Projeto de Lei nº 505/2007, o qual altera dispositivo do Código Civil com vistas a inserir a mediação familiar como recomendação na regulação dos efeitos da separação e do divórcio. O próprio Código Civil, com a redação dada aos seus artigos 1.583 e 1.584, por intermédio da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, que instituiu e disciplinou o instituto da guarda compartilhada, abre um grande espaço para a mediação familiar.

A propósito da guarda compartilhada, assevera Paulo Luiz Netto Lôbo:

O uso da mediação é valioso para o bom resultado da guarda compartilhada, como tem demonstrado sua aplicação no Brasil e no estrangeiro. Na mediação familiar exitosa, os pais, em sessões sucessivas com o mediador, alcançam um grau satisfatório de consenso acerca do modo como exercitarão em conjunto a guarda. O mediador nada decide, pois não lhe compete julgar nem definir os direitos de cada um, o que contribui para a solidez da transação concluída pelos pais, com sua contribuição.¹⁴⁸

Outro Projeto de Lei concebido pelo IBDFAM é o de número 2.285/2007, o qual visa a criação do Estatuto das Famílias, revogando, entre outros dispositivos, todo o Livro IV do Código Civil, e que contempla a mediação familiar nos artigos 97, 128, 129 e 136, além de possibilitar sua prática em diversos dispositivos.¹⁴⁹

O artigo 97, parágrafo único do aludido Projeto de Lei trata justamente sobre o encaminhamento à mediação, que deve o juiz fazer, sempre que possível, antes de decidir

¹⁴⁷ Vide relatórios disponíveis em <http://www.gajop.org.br/projetos/rel2007.pdf>.

¹⁴⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Guarda e convivência dos filhos após a lei nº 11.698/2008. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister, n. 6, out./nov., 2008, p. 23-35.

¹⁴⁹ Disponível em http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?fMode=1&Ano=2007&Numero=2285&sigla=PL. Acesso em 11.11.2009.

sobre a guarda compartilhada. O artigo 128, por sua vez, determina que “em qualquer ação e grau de jurisdição deve ser buscada a conciliação e sugerida a prática da mediação extrajudicial, podendo ser determinada a realização de estudos sociais, bem como o acompanhamento psicológico das partes”. Já o artigo 129 prevê a possibilidade de o processo ficar suspenso enquanto as partes se submetem à mediação. O artigo 136 prescreve que, não obtida a conciliação em audiência designada para esse fim, as partes podem ser encaminhadas a mediação. Bem se vê, portanto, que o Estatuto das Famílias fez uma opção clara pela prática da mediação. E é possível identificar em todo o texto do Projeto, vários preceitos em que a mediação é perfeitamente cabível.

Como já demonstrado quando se tratou da natureza jurídica do instituto, a mediação familiar deve ser introduzida no Brasil no sistema da legislação material civil. Esta inserção contribuirá enormemente para a humanização do direito de família.

CAPÍTULO V – A MEDIAÇÃO FAMILIAR E SUA INTERDISCIPLINARIDADE

A interdisciplinaridade na mediação familiar é uma realidade incontestável. Como de resto é o diálogo entre as disciplinas das ciências na fase mais recente da modernidade, em especial no direito, que cada vez mais exige de seus operadores, conhecimentos externos a sua área específica de atuação.

A propósito da ciência jurídica, durante longo tempo, principalmente no período das grandes codificações, quando a dicotomia entre direito público e direito privado atingiu seu ápice, as disciplinas quase não se comunicavam.

De fato, a partir da segunda fase da idade moderna, com o nascimento do Estado liberal, ao lado dos códigos civis que, com sua hegemonia, regulavam ou tentavam regular todas as relações privadas, despertavam-se Constituições cuja normatização previa exclusivamente a delimitação do Estado mínimo, apontando com bastante nitidez o que era do domínio público e o que era do domínio privado.

No Brasil, onde o Estado social foi inaugurado com a Constituição de 1934, todo o século XX foi marcado pelo Código Civil promulgado em 1916, de cunho nitidamente liberal, já que refletia a legislação vigente na Europa do século XIX. Essa incongruência, no entanto, contribuiu para o surgimento de leis que, deslocando-se do eixo central representado pelo Código, passaram a orbitá-lo.

Principalmente após a Segunda Guerra mundial, com a massificação do consumo e as mudanças comportamentais que deram origem a toda sorte de relações jurídicas e, por consequência – em função mesmo da ideologia pela qual optou o Estado brasileiro – à necessidade de maior proteção de determinados sujeitos, por força de sua manifesta vulnerabilidade em ditas relações, fazendo com que a igualdade preconizada pelo constituinte se apresentasse apenas de maneira formal, irromperam inúmeras leis esparsas que foram denominadas de microssistemas.

Assim ocorreu com a locação de imóveis, com os menores, com o consumidor, tendo sempre o disciplinamento dessas relações jurídicas, o elemento comum da vulnerabilidade de uma das partes.

A opção pelos microssistemas se deu em face da complexidade das situações jurídicas em questão, a exigir, no mais das vezes, regulamentação de ordem administrativa, processual e criminal, entre outras, fazendo-se necessária a inserção de normas destas jaezes em um mesmo diploma.

Além da diversidade de ramos do direito em uma mesma fonte normativa, tem se mostrado também necessária a interlocução entre leis de direito privado em função da Constituição da República. O melhor exemplo se dá entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Este último um microssistema promulgado em 1990, mais de uma década antes do Código Civil, já apresentava, na seara contratual, diversos avanços e plena harmonia com a ordem constitucional vigente. Com a edição do Código Civil de 2002, à teoria geral dos contratos foram acrescentados dispositivos que complementam a normativa consumeirista, como os que dizem respeito aos contratos de adesão e aos princípios sociais dos contratos. Assim, transita-se entre um e outro diploma na busca, por exemplo, de uma interpretação mais favorável à parte vulnerável da relação, no caso do consumidor.

A propósito dos microssistemas, Ricardo Luis Lorenzetti observa que o Código passou a dividir sua vida com outros códigos, com microssistemas jurídicos e com subsistemas e perdeu sua centralidade, a qual se desloca progressivamente:

Em alguns casos trata-se de normas gerais que foram fracionadas gradualmente, até se afastarem de modo tal que pareceram dividir-se, como ocorre com o direito da empresa, do consumidor, ou inclusive a responsabilidade civil, e dos contratos. Em outros, trata-se de problemas novos que geram suas próprias regulações, que atravessam transversalmente o sistema, como ocorre com a questão ambiental, ou com a atuação jurídica no mundo digital.¹⁵⁰

Aludindo à famosa descrição de Wittgenstein, aplicada ao direito, aduz Lorenzetti que “o Código é o velho centro da cidade, a que foram se agregando novos subúrbios, cada qual com seus próprios centros e características de bairro”. Dessa maneira, poucos são os que visitam uns aos outros; somente se vai ao centro de vez em quando, para contemplar relíquias históricas.¹⁵¹

Esse fenômeno fez surgir através do jurista alemão Erik Jayme, a expressão “diálogo das fontes”, teoria que ganhou força no Brasil por intermédio da doutrina de Cláudia Lima Marques. O diálogo de fontes diz respeito à aplicação simultânea e coerente de diversas

¹⁵⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**. Fundamentos de direito. São Paulo: RT, 2009, p. 44-45.

¹⁵¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. op. cit. p. 44.

fontes legislativas, quer leis especiais, como o Código de Defesa do Consumidor ou a lei de seguro-saúde, quer leis gerais, como o Código Civil, na busca de uma eficiência não só hierárquica mas funcional do sistema plural e complexo do direito:

‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).¹⁵²

Outra face da interdisciplinaridade, bem mais abrangente da que foi vista acima, surge de maneira irreversível para diversos ramos do direito, muito especialmente para o direito de família. Esta interdisciplinaridade diz respeito à comunicação de diversas disciplinas, das mais variadas áreas do conhecimento, visando melhor compreensão e interpretação dos problemas que serão enfrentados.

A mediação familiar é uma prática essencialmente interdisciplinar. Dados sua finalidade e seu objeto, o encontro entre diferentes conhecimentos pode facilitar sobremaneira a transformação da realidade conflituosa que se apresenta.

Ao invés de “verdades isoladas” advindas de uma linguagem hermética, a interdisciplinaridade favorece a troca de saberes, de experiências, estabelecendo uma comunicação harmônica entre as ciências.¹⁵³

Como visto anteriormente, muitas são as faces de um conflito familiar. O profissional que irá conduzir a mediação necessita tomar atitudes, adotar posições, no mais das vezes com o raciocínio voltado para uma área diversa da que geralmente atua. Por isto os candidatos a mediadores devem ter acesso aos fundamentos de diversas disciplinas, promovendo sempre uma escuta especializada, sem dúvida a mais importante ferramenta para uma mediação exitosa. Esta também a razão pela qual não deve haver reserva de mercado para qualquer profissão. O mediador, além de poder ter uma formação plúrima, pode também, e neste caso deve, dialogar com outros saberes, com profissionais das diversas ciências humanas, como a psicologia, a psicanálise, a sociologia, o serviço social, entre outras. É

¹⁵² MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2009, p. 89-102.

¹⁵³ BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar**: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da USP. São Paulo: USP, p. 59, 2003.

salutar que as equipes que venham a atuar em mediação familiar, sejam formadas por profissionais de diversas áreas, tendo, portanto, feição multidisciplinar.

No dizer de Águida Barbosa, não há como compreender a atividade da mediação sem conhecimento interdisciplinar:

[...] a atividade de retirar o olhar dos mediandos, focado no passado e no presente para libertá-los e enxergar o futuro, é atividade que requer muito estudo, informação criteriosa e formação. Trata-se de um conhecimento organizado, de natureza interdisciplinar, que se agrega ao direito para ampliar a sua atuação e eficácia.¹⁵⁴

E a preocupação com a interdisciplinaridade trafega em via de mão-dupla, mostrando-se uma tendência irrefreável. Há inúmeras entidades públicas ou privadas que desenvolvem estudos interdisciplinares. Um exemplo é a Escola Brasileira de Psicanálise, Secção Pernambuco – em formação, a qual possui um grupo de estudos denominado Núcleo de Pesquisa em psicanálise e direito, onde a interseccção entre tais disciplinas é aprofundada, tendo o direito de família tomado praticamente as pautas de 2007, 2008 e 2009. Palestras e debates sobre alienação parental, reprodução assistida, adoção, entidades familiares e diversos outros temas de direito de família foram objeto de discussões nas reuniões do referido grupo de estudos, do qual participam psicanalistas, advogados e estudantes.

Em outros Estados da federação não acontece de maneira diferente. A Secção Minas Gerais da mesma Escola tem convênio com a Secretaria de Defesa Social daquele Estado e vem promovendo estudos na área do direito criminal, em parceria com o Instituto de Psicanálise e Saúde Mental de Minas Gerais.¹⁵⁵

¹⁵⁴ BARBOSA, Águida Arruda. **Construção dos fundamentos teóricos e práticos do código de família brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação da USP. São Paulo: USP, 2007.

¹⁵⁵ Disponível em: <http://www.institutopsicanalise-mg.com.br/psicanalise/instituto/Psicanalisedireito.htm>. Acesso em 05.01.2010.

CAPÍTULO VI – A MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO UM PRINCÍPIO DE DIREITO DE FAMÍLIA

Alguns doutrinadores estrangeiros, a exemplo dos franceses Danièle Ganancia, Jean-François Six e Claude de Doncker, defendem a mediação como um princípio, um comportamento a ser adotado em todas as esferas, em todas as instâncias.

No Brasil, uma corrente capitaneada pela mediadora Águida Arruda Barbosa, vem desenvolvendo a teoria da mediação como um princípio jurídico.

Durante a realização do I Congresso Brasileiro de Mediação Judicial, ocorrido em Brasília-DF em março de 2008, a norte-americana Carrie Menkel-Meadow chegou a definir a mediação como o próximo estágio do desenvolvimento humano.¹⁵⁶

Esse modo de pensar precisa ser aprofundado, mormente ao ser considerado o atual comportamento das massas sociais e a maneira como se pretende conviver em um futuro cada vez mais necessitado de perenidade, quando se trata do estabelecimento da paz social.

O que se quer para o futuro? A efetiva construção de uma sociedade livre, justa e solidária, nos moldes dos ditames constitucionais? É possível concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana em uma sociedade em que a maioria dos componentes está excluída do acesso básico a serviços prioritários e a bens de consumo? Como amenizar as desigualdades? É viável modificar a cultura adversarial? Isto traria resultados práticos?

Para responder a tais questionamentos de forma afirmativa, é mister partir da idéia de que a mediação é, de fato, um instrumento capaz de modificar o estado atual da convivência entre as pessoas.

A primeira questão que se avizinha e interessa de forma mais direta diz respeito à possibilidade de se conceber a mediação como um princípio jurídico, em sua qualidade de norma de conduta integrante do ordenamento brasileiro.

Inicialmente, é forçoso reconhecer que a mediação já faz parte hoje das reflexões dos juristas, principalmente daqueles que têm por campo de atuação o direito de família, sem que se esqueça da existência de projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional (PL nº

¹⁵⁶ Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/trib/prog/media/prog_media.asp. Acesso em 13.11.2009.

4827/1998; PL n° 505/2007 e PL n° 2287/2007) que, se não têm a mediação como objeto, tratam da matéria ainda que indiretamente.

No entanto, o presente estudo defende que o princípio da mediação figura no ordenamento brasileiro, ainda que de maneira implícita, desde o advento da ordem constitucional estabelecida em 1988.

Isto é depreendido logo quando da leitura do preâmbulo da Constituição, no qual é proclamada a instituição de um Estado democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Verifica-se, de imediato, já que insculpida com destaque no exórdio do texto legal, a opção do legislador constituinte pela formação de um Estado de direito pautado e compromissado, entre outros valores, com a pacificação de conflitos.

Tanto é que, na ordem internacional, o princípio é expressamente manifestado no inciso VII, do artigo 4º, da Constituição da República.¹⁵⁷

No entanto, no que concerne à ordem interna, a orientação contida no texto preambular é clara no sentido de que a sociedade que se quer construir deve buscar continuamente a solução pacífica das controvérsias de forma a fazer valer seu caráter fraterno, pluralista e sem preconceitos, bem como os valores supremos ali indicados.

Nesta busca, neste propósito, está inserido implicitamente, como se pretende demonstrar, o princípio da mediação.

Platão, já em suas Leis, defende a legislação como princípio educativo para torná-la seu instrumento. Para tanto se utiliza do preâmbulo das leis, a que dedica uma atenção especial.

É através dos preâmbulos que Platão exige que não se formulem somente preceitos, mas que se induzam os homens a uma ação correta. A legislação deve encarnar tudo

¹⁵⁷ “Art. 4º- A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...]VII - solução pacífica dos conflitos; [...]”.

aquilo que se refira e brote da *paidéia*¹⁵⁸. Para o filósofo grego toda a pesquisa ulterior deve se orientar pelo espírito contido no preâmbulo da lei, aqui entendido como todas as considerações anteriores à autêntica legislação, o texto que irá discorrer sobre cargos públicos e sobre a estrutura política fundamental do Estado.¹⁵⁹

Peter Häberle alude à importância do preâmbulo das Constituições, entendendo que ele exerce a função de “ponte no tempo”, já que seus elementos são expressões da dimensão temporal. O preâmbulo pode invocar o passado de maneira negativa ou positiva, seja representando uma rejeição a um passado determinado ou marcando a volta de certas tradições e períodos; pode referir-se ao presente na consecução de desejos que se tornaram realidades; ou pode, ainda, projetar-se rumo ao futuro, exemplificando neste último caso:

O preâmbulo introduz um pedaço da frutífera tensão entre o desejo e a realidade na Constituição (e na política), como se pode comprovar também em outras partes dos textos constitucionais, por exemplo, nos mandamentos constitucionais. Com frequência, um povo tem que ter paciência com vistas aos desejos e esperanças dos preâmbulos. Um exemplo feliz é o do preâmbulo da LF de 1949 em relação a reunificação da Alemanha (1990): é, ao mesmo tempo, amostra de uma história exitosa da Lei Fundamental alemã.¹⁶⁰

Para Häberle, a característica do conteúdo dos preâmbulos é a formulação de posturas valorativas, ideais, convicções, motivos, isto é, a própria imagem do poder constituinte. O autor considera o preâmbulo uma espécie de Constituição da Constituição¹⁶¹.

A força normativa do preâmbulo, no entanto, tem despertado debates na doutrina, que dispõe hoje de três correntes de pensamento: a tese da irrelevância jurídica, segundo a qual o preâmbulo não se situa no domínio do direito, mas da política ou da história; a tese da eficácia idêntica à de quaisquer disposições constitucionais, pela qual o preâmbulo vem a ser também um conjunto de preceitos; e a tese da relevância jurídica específica ou indireta, a qual

¹⁵⁸ A expressão, derivada da palavra *arete* (que pode ser traduzida como o equivalente a virtude) traz o significado do ideal de educação e de cultura na Grécia antiga. Cf. JAEGER, Werner. *Paidéia. A formação do homem grego*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁵⁹ JAEGER, Werner. *Paidéia. A formação do homem grego*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 1345.

¹⁶⁰ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. México: Universidad nacional Autónoma de México, 2003, p. 276-277. Tradução livre de: “El preâmbulo introduce un pedazo de la fructífera tensión entre deseo y realidad en la Constitución (y la política), como se puede comprobar también en otras partes de los textos constitucionales, por ejemplo, en los mandatos constitucionales. Con frecuencia un pueblo tiene que tener paciencia con vistas a los deseos y esperanzas de los preâmbulos. Un ejemplo afortunado es el del preâmbulo de la LF de 1949 en relación con la reunificación alemana (1990): es al mismo tiempo muestra de una historia exitosa de la Ley Fundamental alemana”.

¹⁶¹ Häberle, Peter. op. cit., p. 148-275.

preceitua que o preâmbulo participa das características jurídicas da Constituição, mas sem se confundir com o articulado.¹⁶²

Os que compreendem o preâmbulo como parte integrante do texto constitucional, afirmam que a distinção entre ambos reside apenas na eficácia ou no papel que desempenham. O preâmbulo é texto autonomamente aplicável, separado da Constituição instrumental por razões técnicas. Não é um conjunto de preceitos, mas um conjunto de princípios que se projetam sobre os preceitos e sobre os restantes setores do ordenamento.¹⁶³

Inocêncio Mártires Coelho aponta como funções do preâmbulo constitucional, além daquela de “ponte no tempo” indicada por Häberle, a de vetor hermenêutico e a de enunciado normativo, “em que pese, sob este aspecto, à opinião – majoritária –, de que se trata de uma fórmula política carente de injuntividade e, por isso, insuscetível, per se, de animar qualquer pretensão jurídica com suporte na Constituição.”¹⁶⁴

Canotilho, para quem o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, tendo, no caso da Constituição de Portugal, valor jurídico subordinado ao próprio texto constitucional,¹⁶⁵ lembra que o preâmbulo da Constituição francesa possui força normativa já que vinculado aos princípios da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Para o autor português, “vários textos fora do documento constitucional são, assim, incluídos no *corpus* constitucional”.¹⁶⁶

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, firmou entendimento de que o preâmbulo não é preceito central da Constituição, e por isso carece de força normativa. Poucos, no entanto, foram os casos em que o tema foi enfrentado, a exemplo da Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pelo Partido Social Liberal – PSL em face da omissão da expressão “sob a proteção de Deus” no preâmbulo da Constituição do Estado do Acre, cuja ementa abaixo se transcreve:

¹⁶² Jorge Miranda *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31.

¹⁶³ Jorge Miranda *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32.

¹⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.*, p. 34.

¹⁶⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**, volume 1. São Paulo: RT, 2007, p. 181.

¹⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1135.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre.

I. – Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-, mesmo porque, reproduzidas ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404).

II. – Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa.

III. – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (STF, 2002, 218).¹⁶⁷

Adota-se, no presente trabalho, a idéia de que o preâmbulo da Constituição brasileira carrega em si a direção do que se quis estabelecer com a instituição de uma nova ordem jurídica, assim como os princípios e os instrumentos a serem utilizados na consecução dessa ordem – entre os primeiros a solução pacífica dos conflitos – o que não pode ser desprezado pelo operador do direito.

No dizer de Carmem Lúcia Antunes Rocha,

O preâmbulo das Constituições não tem a concretude necessária a fazer os seus dizeres dotados de aplicabilidade imediata ou com força coercitiva eficaz. Entretanto, o sentido declaratório do preâmbulo traça a senda que será esmiuçada e seguida nas normas que compõem o sistema constitucional. Esta declaração preliminar fixa o continente sistêmico e expõe a origem do exercício do Poder e as intenções da elaboração normativa constitucional, influenciando, às vezes decisivamente, na interpretação da Constituição. A força jurídica do Preâmbulo faz-se mostrar na dinâmica da Carta a que ele integra com a promulgação. É que a hermenêutica das normas jurídicas que a compõem traça-se segundo a principiologia posta no Preâmbulo e, em caso de dúvidas, prevalece a interpretação mais consentânea com os princípios e fins esclarecidos na expressão vestibular da Lei Maior.¹⁶⁸

Além da inserção clara da solução pacífica de conflitos no preâmbulo da Constituição, há igualmente outras normas que reforçam o caráter principiológico da mediação familiar.

O constitucionalismo contemporâneo, também denominado de pós-positivismo, infenso à idéia de que as normas jurídicas trazem em si um sentido único, válido para qualquer situação sobre a qual incidam, pelo que caberia ao intérprete tão somente revelar esse conteúdo preexistente sem desempenhar papel criativo na concretização, trouxe nova concepção para a interpretação constitucional. As normas, de conteúdo aberto e dependentes da realidade subjacente, não mais se prestam a dito sentido unívoco e objetivo da antiga

¹⁶⁷ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?numero=2076&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 15.05.2009.

¹⁶⁸ ROCHA. Carmem Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 67.

tradição exegética. Diz-se que “o relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas”.¹⁶⁹

O sentido da norma será, então, determinado através da análise do caso concreto, dos princípios a serem observados e dos fins a serem realizados, tudo com vistas ao resultado da solução adequada ao problema posto.

No dizer de Pietro Perlingieri, “a norma nunca está sozinha, mas existe e exerce a sua função unida ao ordenamento e o seu significado muda com o dinamismo do ordenamento ao qual pertence”.¹⁷⁰

Com a finalidade de indicar o caráter essencial do direito dos Estados constitucionais da atualidade, Gustavo Zagrebelsky utiliza o sentido de ductilidade e defende a exigência de uma dogmática jurídica “líquida” ou “fluida”, que possa conter os elementos do direito constitucional contemporâneo, ainda que sejam heterogêneos, agrupando-os em uma estrutura maleável que apresente combinações com a política constitucional:

Creio, portanto, que a condição espiritual do tempo em que vivemos poderia descrever-se como a aspiração não a um, senão aos muitos princípios ou valores que conformam a convivência coletiva: a liberdade da sociedade, mas também as reformas sociais; a igualdade perante a lei e, portanto, a generalidade de trato jurídico, mas também a igualdade a respeito das situações e, portanto, a especialidade das regras jurídicas; o reconhecimento dos direitos dos indivíduos, mas também dos direitos da sociedade; a valorização das capacidades materiais e espirituais dos indivíduos, mas também a proteção dos bens coletivos frente à força destruidora daqueles; o rigor na aplicação da lei, mas também a piedade ante suas consequências mais rígidas; a responsabilidade individual na determinação da própria existência, mas também a intervenção coletiva para o apoio dos mais débeis, etc.¹⁷¹

Nessa nova teoria constitucional, que superando o jus-naturalismo, se opõe ao positivismo jurídico, os princípios conquistaram *status* de norma jurídica, em contraposição a

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO; Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 332.

¹⁷⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 72.

¹⁷¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2008, p. 16. Tradução livre de: “Creo, por tanto, que la condición espiritual del tiempo en que vivimos podría describirse como la aspiración no a uno, sino a los muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva: la libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales; la igualdad ante la ley, y por tanto la generalidad de trato jurídico, pero también la igualdad respecto a las situaciones, y por tanto la especialidad de las reglas jurídicas; el reconocimiento de los derechos de los individuos, pero también de los derechos de la sociedad; la valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquéllos; el rigor en la aplicación de la ley, pero también la piedad ante sus consecuencias más rígidas; la responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo a los más débiles, etc”.

uma dimensão meramente axiológica, atingindo, assim, o centro do sistema. Hoje já está avalizado o entendimento de que as normas jurídicas estão divididas em duas grandes categorias, as regras e os princípios.

Ultrapassada a euforia inicial e o deslumbramento com os estudos levados a efeito por Ronald Dworkin¹⁷² e desenvolvidos por Robert Alexy¹⁷³, cuja conjugação de idéias passou a representar o conhecimento convencional da matéria, inúmeros trabalhos críticos foram surgindo e a doutrina vem se dedicando aos problemas e dificuldades que vêm se apresentando.

O fato é que o modelo tradicional de subsunção, no qual, enquadrando-se os fatos na previsão abstrata, produz-se uma conclusão, e que foi concebido para a interpretação e aplicação de regras, não mais consegue atender sozinho ao papel que hoje é reservado às normas jurídicas, em especial as normas constitucionais, já que os juízos que formula são de fato e não de valor, faltando-lhe a função criativa do direito.

A subsunção como atividade técnica, no entanto, ainda é de grande ajuda a boa parte dos problemas jurídicos, porém, nem sempre é suficiente para algumas questões de ordem constitucional, a exemplo da colisão de direitos fundamentais.

No dizer de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos,

[...] o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* do caso concreto.¹⁷⁴

De fato, difícil é crer na possibilidade de realizar o projeto constitucional de um Estado social e democrático sem lançar mão de um sistema jurídico norteado por princípios, como indica Gustavo Zagrebelsky:

Não resulta muito difícil compreender que a dimensão do direito por princípios é a mais idônea para a superveniência de uma sociedade pluralista, cuja característica é o contínuo reequilíbrio através de transações de valores. Prova eloquente disso é a tendência, mais ou menos conscientemente adotada pela maior parte das jurisdições

¹⁷² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO; Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 339-340.

constitucionais, a conceber todo conteúdo das constituições (incluídos os direitos fundamentais) como declarações de valores.¹⁷⁵

Com o fim de evitar a dispersão das idéias, o presente trabalho não se aprofundará nas discussões acerca das diferenças entre as regras e os princípios, tão caras a Dworkin e Alexy. Apontar-se-ão algumas distinções apenas para atingir o objetivo do estudo, qual seja, a caracterização da mediação familiar como um princípio jurídico. Neste aspecto, serão utilizados, além dos marcos teóricos acima apontados, os estudos de Gustavo Zagrebelsky, Gomes Canotilho e Paulo Luiz Netto Lôbo.

Dworkin, no que chama de ataque geral ao positivismo, estabelece que os juristas debatem e raciocinam não exclusivamente em torno de regras, mas também em função de “princípios, políticas e outros padrões”, utilizando-se do termo princípio de forma ampla, a significar o “conjunto de padrões que não são regras” e do vocábulo política para indicar o padrão que determina um “objetivo a ser alcançado” no campo econômico, político e social de uma comunidade. Para o autor norte-americano, o princípio é um padrão a ser observado por uma “exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.¹⁷⁶

Na distinção entre regras e princípios, que afirma ser de natureza lógica, Dworkin aponta o critério da orientação que ditos padrões oferecem, como a principal diferença, sendo a regra aplicável à maneira do tudo-ou-nada (all-or-nothing), isto é, ou a regra é válida ou é inválida, e o princípio como uma razão que inclina em uma ou outra direção. Os princípios teriam, assim, uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão do peso e da importância, devendo ser levado em conta pelas autoridades públicas. E dessa maneira desempenham papel fundamental nas decisões judiciais, através dos argumentos que a sustentam.¹⁷⁷

Na aplicação dos princípios, há de se enxergar que sua função não é apenas a de explicitar valores, mas também e indiretamente, a de estabelecer espécies precisas de comportamento:

¹⁷⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2008, p. 125-126. Tradução livre de: “No resulta muy difícil comprender que la dimensión del derecho por principios es la más idónea para la superveniencia de una sociedad pluralista, cuya característica es el continuo reequilibrio a través de transacciones de valores. Prueba elocuente de ello es la tendencia, más o menos conscientemente adoptada por la mayor parte de las jurisdicciones constitucionales, a concebir todo contenido de las Constituciones (incluidos los derechos fundamentales) como declaraciones de valores”.

¹⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

¹⁷⁷ DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 42.

Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. Essa perspectiva de análise evidencia que os princípios implicam comportamentos, ainda que por via indireta e regressiva. Mais ainda, essa investigação permite verificar que os princípios, embora indeterminados, não o são absolutamente. Pode até haver incerteza quanto ao *conteúdo* do comportamento a ser adotado, mas não há quanto à sua *espécie*: o que for necessário para promover o fim é devido.¹⁷⁸

A partir das considerações de Dworkin, Robert Alexy tentou desenvolver um conceito ainda mais preciso de princípios.

Defendendo que as diferenças entre regras e princípios até então apresentadas careciam de clareza, Alexy adota a tese de que entre ambos não existe apenas uma distinção gradual, mas uma “diferença *qualitativa*”. Assevera, então, que princípios são normas que detêm comando para que “algo seja realizado na maior medida possível”, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, e que as regras são normas que, ou bem são satisfeitas ou não são. Reserva o autor alemão para os princípios o cunho de “mandamentos de otimização” (*mandatos de optimización*).¹⁷⁹

Utilizando-se da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Alexy demonstra não só a tensão existente entre princípios no caso de colisão entre eles, mas também que este problema deve ser resolvido através da técnica da ponderação entre os princípios colidentes. Diferentemente do que acontece com as regras, a solução em caso de colisão entre princípios não se apresenta com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre o outro, porém com o uso da ponderação, pelo que, em determinadas circunstâncias concretas, um desses princípios recebe a prevalência.¹⁸⁰

Gustavo Zagrebelsky, por sua vez, afirma que a distinção essencial entre regras e princípios é que as primeiras dizem o que se deve e o que não se deve fazer, enquanto os segundos mostram uma direção que proporciona critérios para uma “tomada de posição” frente a situações concretas mas que *a priori* parecem indeterminadas:

Os princípios geram atitudes favoráveis ou contrárias, de adesão e apoio ou de dissenso e repulsa a tudo que pode estar implicado em sua salvaguarda em cada caso concreto. Posto que carecem de “suposto de fato”, aos princípios, diferentemente do que acontece com as regras, somente se lhes pode dar algum significado operativo,

¹⁷⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 25-80.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 67-68.

¹⁸⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37.

fazendo-lhes reagir ante um caso concreto. Seu significado não pode ser determinado em abstrato, mas somente nos casos concretos; e só nos caso concretos se pode entender seu alcance.¹⁸¹

Para Zagrebelsky, o “ser” iluminado pelo princípio ainda não contém em si “o dever ser”, a regra, mas indica ao menos a direção que dita regra deve se colocar para não infringir o valor contido no princípio:

A realidade, ao se pôr em contato com o princípio, se vivifica, por assim dizer, e adquire valor. Em lugar de se apresentar como matéria inerte, objeto meramente passivo de aplicação de regras, caso concreto a enquadrar no suposto de fato normativo previsto na regra – como determina o positivismo jurídico –, a realidade iluminada pelos princípios aparece revestida de qualidades jurídicas próprias. O valor se incorpora ao fato e impõe a adoção de ‘tomadas de posição’ jurídicas conformes a ele (ao legislador, à jurisprudência, à administração, aos particulares e, em geral, aos intérpretes do direito).¹⁸²

Com explícita inspiração na teoria de Alexy, José Gomes Canotilho sintetiza a distinção entre regras e princípios de maneira a significarem as primeiras, normas que exigem, proíbem ou permitem algo, uma vez verificados determinados pressupostos, e os segundos, normas que impõem a realização de algo da melhor maneira possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.¹⁸³

A mudança paradigmática representada pela valorização dos princípios jurídicos no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988, além de servir de base a uma efervescente produção doutrinária no direito constitucional, vem sendo salientada também pelos civilistas.

Paulo Luiz Netto Lôbo salienta que, antes da Constituição de 1988, os princípios tinham eficácia meramente simbólica, apesar de figurarem expressamente no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, porém como fontes supletivas e subsidiárias. Isto se deu pela

¹⁸¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2008, p. 110-111. Tradução livre de: “Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de ‘supuesto de hecho’, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles ‘reaccionar’ ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance”.

¹⁸² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2008, p. 118. Tradução livre de: “La realidad, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor. En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla – como razona el positivismo jurídico –, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de ‘tomas de posición’ jurídica conformes com él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y, en general, a los intérpretes del derecho)”.

¹⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1255.

resistência do individualismo jurídico e do liberalismo reinantes no Brasil por quase todo o século XX, ainda que o Estado social tenha sido inaugurado com a Constituição de 1934, com o advento da intervenção estatal nas relações privadas, em especial na ordem econômica. Respondendo aos anseios da sociedade, a Carta de 1988 consolida definitivamente o Estado social no país, trazendo consigo a consagração dos princípios como fontes normativas e transformando totalmente a função dos poderes públicos, em especial do Judiciário, que deixou de atuar como mero aplicador da lei para exercer uma atividade criadora de direitos, através da concretização desses princípios.¹⁸⁴

O novo modelo proporcionou o desenvolvimento da constitucionalização do direito civil, movimento que revolucionou o *modus operandi* do direito privado, promovendo mudanças substanciais que vêm contribuindo para os avanços sociais.

Para Paulo Lôbo, a distinção entre regras e princípios reside em seu conteúdo semântico e, por conseqüência, pelo modo de incidência e aplicação. Assim, as regras comportariam suporte fático hipotético mais fechado e os princípios, necessariamente, aberto e indeterminado. No caso dos princípios, sua incidência depende da mediação concretizadora do intérprete, este orientado pela regra instrumental da justiça do caso concreto. Já as regras têm sua incidência concretizada pela realidade da vida, confirmando-a o intérprete mediante o modo tradicional da subsunção.¹⁸⁵

Assevera o autor alagoano que os princípios constitucionais podem ser expressos ou implícitos: “Os implícitos podem derivar da interpretação do sistema constitucional adotado ou podem brotar da interpretação harmonizada de normas constitucionais específicas”. Cita como exemplo o princípio da afetividade no direito de família.¹⁸⁶

O princípio da afetividade hoje já está consolidado na doutrina e na jurisprudência e corresponde ao dever jurídico oponível a pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter definitivo, independentemente dos sentimentos que cada qual nutra em face do outro, e aos cônjuges e companheiros enquanto durar a convivência.¹⁸⁷

¹⁸⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil. Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 67.

¹⁸⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil. Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 68.

¹⁸⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. op. cit., p. 70.

¹⁸⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil. Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 47-49.

Assim como a afetividade, há outros princípios que não se encontram explicitados nos textos normativos, a exemplo do princípio da segurança jurídica, norma sem dispositivo específico que lhe dê suporte físico.

No que concerne aos valores, o presente trabalho se filia à doutrina que os concebe como ideais que, “quando se impõem e são absorvidos pelo direito, convertem-se em princípios”.¹⁸⁸ Os valores inspiram a ordem jurídica e os princípios são a sua assunção em forma de preceitos jurídicos.

A partir da teoria dos princípios, este capítulo aproxima o leitor de uma conclusão insofismável.

Resta clarificado que a solução pacífica dos conflitos é um “mandamento de otimização”, uma direção a indicar de que forma as regras devem ser aplicadas. Mais, a solução pacífica dos conflitos é o norte para uma “tomada de posição” frente a situações concretas e deve ser observada por todos como norma finalística que institui o dever de adoção de comportamentos necessários à efetivação de um estado de coisas, qual seja, a paz social.

Esses comportamentos devem perpassar desde a implementação de políticas públicas necessárias a tal desiderato, como a inserção da mediação não somente nos currículos escolares desde o ensino fundamental, mas também na prática educacional, além de uma organização administrativa capaz de proporcionar aos cidadãos o máximo possível de procedimentos que façam valer o princípio em questão. Na seara do poder Legislativo, há que se promover amplas discussões visando a inserção da mediação em todas as instâncias, além de um disciplinamento específico da mediação familiar, de preferência por meio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, mais consentâneos com a diversidade de formas e conteúdos de seu âmbito de aplicação.

Menos pela falência da justiça enquanto instituição do que pela necessidade mesma de reverberar o projeto constitucional vigente, é não somente salutar, mas principalmente imperiosa a adoção de medidas que visem implementar de forma definitiva a pacificação dos conflitos.

¹⁸⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil. Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 70.

A arbitragem e a conciliação já estão sedimentadas no ordenamento jurídico brasileiro, sendo, no caso desta última, obrigatório o seu oferecimento às partes pelo juiz no processo civil e também no trabalhista. Esses institutos têm natureza de direito instrumental, sendo a arbitragem um equivalente jurisdicional por excelência. A conciliação, por sua vez, é sempre realizada em uma demanda judicial, ainda que fora dos autos do processo.

A mediação, dada sua característica eminentemente contratual, deve ser introduzida na legislação infraconstitucional através de normas de direito material, como já defendido anteriormente.

No caso da mediação familiar, suas disposições devem encontrar guarida na legislação civilista. Suas peculiaridades a transformam em um modelo especial de mediação.

De fato, os conflitos tratados no âmbito da mediação familiar exigem um aperfeiçoamento dessa prática, com vistas, prioritariamente, à transformação desses mesmos conflitos, de forma a permitir a continuidade das relações entre os envolvidos.

O presente estudo defende a mediação familiar como um princípio de direito de família, a ser sempre considerado em cada caso concreto.

Em verdade, tanto os legisladores quanto os juízes, assim como também os administradores e, de resto, todos os operadores do direito, hão de proporcionar os meios necessários a sua concretização, proporcionando às partes envolvidas em um conflito de natureza familiar a possibilidade de utilizar-se da mediação como uma maneira pacífica de dissolver esse conflito.

As angústias dos partícipes de um conflito familiar ultrapassam, em geral, as fronteiras dos procedimentos, envolvendo todos – autoridades administrativas, magistrados, juízes, advogados, etc. – em uma desgastante tarefa.

Em artigo publicado na Revista do Centro de Estudos Judiciários – CEJ, do Conselho da Justiça Federal, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, hoje aposentado, José Augusto Delgado, discorrendo sobre a constitucionalidade da mediação, dá um intrigante depoimento sobre a atividade jurisdicional, reconhecendo a prioridade de serem oferecidas alternativas capazes de satisfazer as necessidades e os interesses emocionais e psicológicos das partes em conflito:

O processo é uma representação material do sofrimento das partes em função da demora, do que ele contém e do que reflete. Digo sempre que os processos têm olhos, ouvidos, esperanças e desgastes emocionais. Os conflitos ali presentes vivem a gritar não somente nas tardes dos nossos gabinetes, onde permanecem guardados em nossos armários, mas ecoam em nossos ouvidos, sonhos, madrugadas e no ambiente das nossas famílias do mesmo modo que ecoam no ambiente das famílias das partes e dos operadores do Direito.¹⁸⁹

Verifica-se, assim, que os efeitos perversos de um conflito familiar que se tornou crônico através de um processo judicial, irradiam para além das famílias dos envolvidos, atingindo também os operadores do direito, vizinhos e outros membros da comunidade.

O enfrentamento do diagnóstico trazido a lume pelo magistrado pode ser realizado através da aplicação do princípio da mediação familiar, pelo que deve sempre o juiz alertar as partes sobre as possibilidades e vantagens da prática da mediação.

As normas constitucionais que reforçam a tese da mediação familiar como um princípio de direito de família são as cláusulas da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da proteção à família.

Na verdade, os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade densificam o princípio da mediação familiar.

A dignidade da pessoa humana, norte de todo o ordenamento jurídico, incrustado logo no artigo 1º (inciso III) da Constituição como um dos fundamentos da república, é a linha que produz todo o tecido normativo sobre o qual são ornamentados os demais princípios.

A dignidade, na clássica visão kantiana que a concebe como tudo aquilo que não pode ser precificado¹⁹⁰, permeia a maior parte dos Estados constitucionais da atualidade, mas tem sua origem, para o direito, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas – ONU, de 1948 (Resolução 217-A, de 10 de dezembro de 1948), a qual prescreve em seu artigo 1º que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais

¹⁸⁹ Disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol22/artigo01.pdf>. Acesso em 14.05.2009.

¹⁹⁰ Segundo Kant, “No reino dos fins tudo tem um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade (grifos no original). KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 81.

em dignidade e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.¹⁹¹

Convém lembrar, no entanto, que a dignidade é um dado prévio e a noção de dignidade da pessoa humana representa uma categoria axiológica aberta, um conceito jurídico em permanente processo de construção e desenvolvimento, que exige uma constante concretização e delimitação pela *práxis* constitucional, tarefa de todos os órgãos estatais.¹⁹² Concretizar esse princípio não é tarefa simples, em especial na comunidade familiar, haja vista as constantes violações a que são submetidas as pessoas que a integram, mormente as crianças e as mulheres.

No Capítulo da Constituição da República dedicado à família, o princípio da dignidade da pessoa humana irriga todo o solo normativo e está explicitado em alguns dispositivos (§ 7º do artigo 226; *caput* do artigo 227 e *caput* do artigo 230).

O princípio fundamental da solidariedade está insculpido no inciso I, do artigo 3º, da Constituição de 1988 e também permeia todo o Capítulo VII, do Título VIII.

No dizer de Paulo Luiz Netto Lôbo,

A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade.¹⁹³

Para Lôbo, a solidariedade é o elemento conformador dos direitos subjetivos da contemporaneidade, na busca pelo equilíbrio entre os espaços privados e públicos e pela interação necessária entre os sujeitos.¹⁹⁴

O princípio da mediação familiar, dessa forma, é absolutamente compatível com os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. A dignidade de cada um dos componentes da comunidade familiar e a solidariedade que entre os mesmos deve existir, estão inexoravelmente presentes em toda iniciativa voltada à pacificação dos

¹⁹¹ Disponível em http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acesso em 17.09.2009.

¹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais**. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 198-236.

¹⁹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil. Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 39.

¹⁹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. op. cit., p. 40.

conflitos na família. Para validar o argumento, basta imaginar o quanto de indignidade e de ausência de solidariedade restarão conformados na ambiência de um conflito familiar. A forma de contorná-lo ou mesmo evitá-lo, no entanto, está na concretização de tal princípio, de forma a harmonizar, através de meios colocados à disposição das pessoas, as suas relações familiares.

Outro fundamento essencial para a caracterização da mediação familiar como princípio jurídico é o princípio constitucional da proteção à família, presente em todos os artigos que compõem o Capítulo da Constituição destinado à família.

O princípio da proteção à família, em verdade, já está contido na Declaração Universal dos Direitos Humanos e foi praticamente repetido no *caput* do artigo 226 da Constituição da República.¹⁹⁵

De amplo alcance, o princípio da proteção à família, quer represente dever do Estado, quer da sociedade ou da própria família, abrange diversos aspectos da vida, com incontestável reflexo em cada pessoa humana que compõe o conjunto familiar.

Como foi visto anteriormente, a família contemporânea, de caráter eudemonista, é lugar da realização de cada um de seus membros. Para que ela sirva de instrumento para o desenvolvimento da personalidade daqueles que a compõem, há de sofrer ampla tutela constitucional. E é esta tutela constitucional, inclusive como base principiológica, que possibilita a busca por estruturas jurídicas capazes de responder aos problemas e desafios que se apresentam.

A mediação familiar não só se coaduna com o princípio da proteção familiar, como representa, ela própria, uma estrutura jurídica de enfrentamento desses problemas e desafios, digam eles respeito à massificação das demandas judiciais e suas conseqüências ou àquele pequeno “bater de asas” a que se refere Edward Lorenz¹⁹⁶ e que é capaz de causar perturbações caóticas em sistemas complexos, como, de resto, é a própria família.

Dúvida alguma subsiste quanto ao fato de que, a ampla proteção da família somente terá sentido e efetividade caso seja reconhecido como entidade familiar, o maior

¹⁹⁵ Resolução 217-A, da Organização das Nações Unidas, de 10.12.1948: “Art. 16.3 – A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado”. Disponível em http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acesso em 17.09.2009.

¹⁹⁶ Ver Capítulo 4.

número possível de modelos existentes. Assim é que a mediação familiar pode ter maior abrangência e, por consequência, maior eficácia.

Os profissionais do direito de família, como visto, trabalham com seres humanos que sofrem, com pessoas marcadas por dores insuportáveis e, não raras vezes, são incapazes de minimizar o sentimento de desamparo a que esses sujeitos estão submetidos.

Alguns dos novos institutos que vêm surgindo no de direito de família, a exemplo da guarda compartilhada¹⁹⁷, dificilmente serão implementados com sucesso em caso de litígio, sem que às partes seja oportunizada a prática da mediação.

Todos, família, sociedade e Estado, devem estar envolvidos e motivados pela busca dessa prática e pelo efetivo desenvolvimento de um tempo e um espaço para a reflexão, para a tolerância, para a mediação.

¹⁹⁷ Lei n° 11.698, de 13 de junho de 2008.

CAPÍTULO VIII – CONCLUSÃO

A pesquisa sobre um tema considerado imaturo, ou seja, aquele que não atingiu seu pleno desenvolvimento, acontece de maneira extremamente dinâmica e, por isso, deve ser conduzida com a máxima cautela.

Muito se tem escrito sobre mediação, muito se tem falado sobre mediação e muito se tem praticado de mediação. Na verdade, como anunciou o francês Jean François-Six, ainda em 2001, mediação virou palavra da moda¹⁹⁸. E assim tem acontecido também no Brasil. E é extremamente salutar que assim seja, desde que se tome o cuidado devido para não contaminar o instituto com a áurea de solução absoluta para todos os males, de um remédio milagroso, sob pena de desaparecer, como todo modismo. Este trabalho defende a maior difusão possível da prática da mediação, mas também a criação de comandos gerais que possibilitem um mínimo de uniformidade quanto a sua metodologia e regras próprias, aptas a desenvolvê-la a contento, principalmente em um país de dimensões continentais e diversidade cultural tão peculiares quanto o Brasil.

É curioso verificar que durante a elaboração da presente dissertação ocorreram fatos marcantes, que ainda repercutirão no futuro próximo. Nenhum acontecimento, entretanto, foi tão impressionante quanto o abalo sofrido pelo capitalismo em virtude da crise financeira de 2008/2009. Ainda que sem queda de muros, sua estrutura foi avassaladoramente abalada e comprometida. A plena liberdade do mercado, apregoada pelo neoliberalismo, mostrou sua face cruel e promoveu a total inversão de seus valores, socorrendo-se da intervenção do Estado para a solução da crise. É necessário dotar o Estado de mecanismos que possam minimizar os efeitos perversos de eventos como esse, de dimensões globais. O Judiciário já demonstrou, pelas mais diversas razões, sua incapacidade de prestar jurisdição de qualidade em todas as demandas que por ele deveriam ser absorvidas.

Assim é que os meios alternativos de resolução de conflitos surgem como uma forma de pacificar litígios, sem a energia que provavelmente seria despendida pelo magistrado e pelas partes durante a tramitação de um processo judicial.

¹⁹⁸ SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.1.

A mediação, por sua vez, como demonstrado, vem se mostrando um instrumento extremamente eficaz para essa pacificação, já que, trabalhando e transformando o conflito, é capaz de eliminar as resistências negativas que podem permanecer entre as partes em função de um sentenciamento ou de uma conciliação.

Nos dois anos de aprofundamento do tema, duração do curso de mestrado, a própria mediação mudou, evoluiu. Como afirmado no Capítulo III do presente trabalho, alguns modelos, algumas concepções, chegaram a se aproximar do ideal, se é que se possa apontar um modelo perfeito de mediação. No entanto, não pode se fechar os olhos para a realidade. O esgotamento da capacidade do Estado para administrar a Justiça é latente. Não há como negá-lo. Por isto, a mobilização dos órgãos do Poder Judiciário, em especial do Conselho Nacional de Justiça, para solucionar a questão não pode ser desprezada.

Desde que respeitados os fundamentos da mediação, é de ser reconhecida sua prática também pelos órgãos do Estado. É certo que a mediação pede um tempo que, em geral, o Judiciário não dispõe. Mas na prática o que se observa é que mais importante do que o tempo despendido é a qualidade da mediação, principalmente em função da postura do mediador e do compromisso dos mediandos.

O debate já se encontra em andamento. Não se há de deixá-lo cair no vazio. Apresenta-se mais do que necessária a institucionalização da mediação.

A presente dissertação procurou contribuir com a discussão demonstrando a viabilidade da prática da mediação como instrumento para a pacificação de conflitos, especialmente aqueles decorrentes das relações familiares. Apresentou igualmente a mediação como um fim a ser alcançado, uma cultura de paz que advenha de sua prática e seja por ela estimulada, fazendo parte da vida dos cidadãos em todas as situações, em todos os setores, em todas as instâncias.

E em virtude das condições oferecidas pelo ordenamento jurídico, que deram suporte aos fundamentos buscados na Doutrina especializada consultada, dirigiu este trabalho a mediação à categoria de princípio jurídico, estabelecendo as bases para tal compreensão.

O investimento em uma cultura de mediação por certo trará bons resultados. E tal qual na fábula em que um passarinho aflito vai e volta de um rio com água no bico para

apagar um incêndio florestal, cada qual deve fazer a sua parte. Estado e particulares podem promover essa cultura.

O poeta russo Vladimir Maiakovski, em poema datado de 1923, adaptado e musicado por Caetano Veloso, intitulado “O amor”, projeta a Rússia do início do século XX para o século XXX e clama por ser ressuscitado, de maneira a ver transformados pelo amor, a vida, a sociedade e a família. Talvez somente o século XXX possa transformar o mundo tal qual idealizado pelo poeta, mas, indubitavelmente, a mediação pode colaborar para tornar possível esse devaneio.

Ressuscita-me, ainda que mais não seja
Porque sou poeta
E ansiava o futuro
Ressuscita-me, lutando contra as misérias do cotidiano
Ressuscita-me por isso
Ressuscita-me, quero acabar de viver o que me cabe
Minha vida
Para que não mais existam amores servis
Ressuscita-me, para que ninguém mais tenha
Que sacrificar-se
Por uma casa, um buraco
Ressuscita-me, para que a partir de hoje
A partir de hoje
A família se transforme
E o pai seja pelo menos o universo
E a mãe seja no mínimo a terra.¹⁹⁹

¹⁹⁹ Disponível em [http://arcaliteraria.org/arcaliteraria/wp-content/uploads/1869/Vladimir_Maiakovski_Poemas\[1\].pdf](http://arcaliteraria.org/arcaliteraria/wp-content/uploads/1869/Vladimir_Maiakovski_Poemas[1].pdf). e <http://vagalume.uol.com.br/caetano-veloso/o-amor-cifrada.html>. Acessos em 18.09.2009.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARBOSA, Águida Arruda. Mediação : A clínica do direito. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, n. 62, mar. 2001, p. 41-48.
- _____. **Mediação familiar**: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da USP. São Paulo: USP, 2003.
- _____. Mediação Familiar: instrumento para a reforma do judiciário. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro. Anais do IV congresso brasileiro de direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 29-39.
- _____. Estado da arte da mediação familiar interdisciplinar no Brasil. **Revista brasileira de direito de família**. Porto Alegre: Síntese, n.40, fev./mar., 2007, p. 140-151.
- _____. **Construção dos fundamentos teóricos e práticos do código de família brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da USP. São Paulo: USP, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 327-378.
- BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
- BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BREITMAN, Stella Galbinski; PORTO, Alice Costa. **Mediação familiar**. Uma intervenção em busca da paz. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.
- CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**, volume 1. São Paulo: RT, 2007.

CÁRDENAS, Eduardo José. **La mediación en conflictos familiares**. Buenos Aires: Lumen, 1999.

CASTORIADIS, Cornelius. **Sujeito e verdade no mundo social histórico**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DOLTO, Françoise. **Quando os pais se separam**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Da função pública ao espaço privado**: os aspectos da “privatização” da família no projeto do Estado mínimo. *Revista Archê*. Rio de Janeiro: Archê, n. 24, a. VIII, 1999, p. 24-39.

FOLBERG, Jay; TAYLOR, Ann. **Mediation**: a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation. San Francisco: Jossey Bass, 1984.

GANANCIA, Danièle. Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da co-parentalidade. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, n. 62, mar., 2001, p. 7-15.

GONDAR, Jô. Ética, moral e sujeito. In: ALTOÉ, Sônia (Org.). **Sujeito do direito e sujeito do desejo**. Direito e Psicanálise. Rio de Janeiro: Revinter, 2004.

GROENINGA, Giselle Câmara. Mediação interdisciplinar – Um novo paradigma. **Revista brasileira de direito de família**. Porto Alegre: Síntese, n.40, fev./mar., 2007, p.152-170.

HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **La lógica de las ciencias sociales**. Madrid: Tecnos, 1996.

_____. **Teoría de la acción comunicativa, II**. Madrid: Taurus, 2003.

HAYNES, John M. **The fundamentals of family mediation**. New York: State University of New York, 1994.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JAEGER, Werner. **Paidéia**. A formação do homem grego. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2008.

KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**. Rio de Janeiro: Contraponto/UERJ, 1999.

_____. **Futuro passado:** contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC Rio, 2006.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista brasileira de direito de família**. Porto Alegre: Síntese, n. 24, jun./jul., 2004, p. 136-156.

_____. Guarda e convivência dos filhos após a lei nº 11.698/2008. **Revista brasileira de direito das famílias e das sucessões**. Porto Alegre: Magister, n. 6, out./nov., 2008, p. 23-35.

_____. **Direito civil. Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito civil. Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Uma introdução à arbitragem comercial internacional. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). **Arbitragem interna e internacional**. Questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3-51.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**. Fundamentos de direito. São Paulo: RT, 2009.

MARLOW, Lenard. **Mediación familiar**. Barcelona: Granica, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**. Alternativas à jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MOURA, Carla Cristina Campos Ribeiro de. Breves considerações sobre o contexto histórico da mediação e o exercício da cidadania. In: LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo; FAGUNDES, Rosane Maria Silva Vaz; PINTO, Vânia Maria Vaz Leite (Orgs.). **Manual de mediação: teoria e prática**. Belo Horizonte: New Hampton Press, 2007.

MUÑOZ GARCÍA, Carmen. Aspectos jurídicos de la mediación familiar. **Revista de derecho privado**, Madrid: Edersa, mar./abr., 2003, p. 257-278.

NAZZARI, Muriel. **O desaparecimento do dote**. São Paulo: Companhia das Letras, p. 22, 2001.

NUNES, Rizzato. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

OSTERMEYER, Melinda. Realizar la mediación. In: DUFFY, Karen Grover; GROSCH, James W.; OLCZAK, Paul V. **La mediación y sus contextos de aplicación** – una introducción para profesionales e investigadores. Buenos Aires: Paidós, 1996, p. 125-139.

PARKINSON, Lisa. **Mediación familiar**. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas. Barcelona: Gedisa, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família e psicanálise: uma prática interdisciplinar. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, n. 62, mar., 2001, p. 25-32.

_____. A primeira lei é uma lei de direito de família: a lei do pai e o fundamento da lei. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e psicanálise**. Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

QUINET, Antônio. O gozo, a lei e as versões do pai. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e psicanálise**. Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais**. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 198-236.

SCHAP, Jan. **Metodologia do direito civil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, João Roberto da. **A mediação e o processo de mediação**. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

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

STAMFORD, Artur. Conciliação judicial e ação comunicativa: acordo judicial como negociação *versus* consenso. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Pernambuco**. Recife: UFPE/CCJ, n. 13, 2003, p. 75-109.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. **Autonomia privada e princípios contratuais no código civil**. São Paulo: RCS, 2007.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008.

UELMEIN, Martha. O papel da fraternidade no direito familiar. In: CASO, Giovanni; CURY, Afife; CURY, Munir; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Orgs.). **Direito e fraternidade**. São Paulo: Cidade Nova, 2008, p. 129-131.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. Contratos em espécie. São Paulo: Atlas, 2003.

VILLALUENGA, Leticia García. **Mediación en conflictos familiares**. Una construcción desde el derecho de familia. Madrid: Reus, 2006.

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

WORCHEL, Stephen; LUNDGREN, Sharom. La naturaleza y la resolución del conflict. In: DUFFY, Karen Grover; GROSCH, James W.; OLCZAC, Paul V. (Orgs.). **Mediación: la mediación y sus contextos de aplicación**. Barcelona: Paidós, 1996.

WILMOTT, William; HOCKER, Joyce. **Interpersonal conflict**. Dubuque, Iowa: William C. Brown, 1978.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2008.