



**Universidade
Estadual de Londrina**

TARITHA MEDA CAETANO PARAISO

**PANORAMA DO DIREITO CIVIL NA ATUALIDADE E A
MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO INSTRUMENTO
PACIFICADOR NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO**

Londrina
2006

TARITHA MEDA CAETANO PARAISO

**O PANORAMA DO DIREITO CIVIL NA ATUALIDADE E A
MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO INSTRUMENTO
PACIFICADOR NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial à obtenção de título de mestre.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Rozane da Rosa Cachapuz

Londrina
2006

TARITHA MEDA CAETANO PARAISO

**O PANORAMA DO DIREITO CIVIL NA ATUALIDADE E A
MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO INSTRUMENTO
PACIFICADOR NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO**

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Rozane da Rosa Cachapuz
Orientadora

Prof^a. Dr^a. Maria Cristina Vecili

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

Londrina, 30 de junho de 2006.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Meu Pai, querido Senhor Deus que me presenteou com este curso que tanto pedi. Que me consolou e ajudou em todos os dias deste mestrado.

Ao amado Jesus, pela misericórdia e paciência que teve para comigo.

Ao desejado Espírito Santo pelo fôlego, pela condução, pela inspiração derramada.

Ao amado Sérgio, pelo amor, companheirismo e pelo ombro amigo de todos os momentos.

Aos meus pais pelo apoio e amor, que permitiram que eu chegasse até aqui.

À sempre disposta e amorosa Professora Rozane pela orientação, pela atenção e ânimo neste trabalho que começamos desde a graduação. Muito obrigada!

À querida Prof^a Águida pela atenção e auxílio em todo tempo.

Aos amigos... e que amigos!!! Obrigada pela paciência e por todo o incentivo...

**“Não vos conformeis com este mundo,
mas transformai-vos, renovando a
mente”.**

Romanos 12:2

PARAISO, Taritha Meda Caetano. **O panorama do Direito Civil na atualidade e a mediação de conflitos como instrumento pacificador no cenário jurídico brasileiro**. 2006. 175f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 2006.

RESUMO

Esta dissertação versa sobre os novos rumos do Direito Civil na atualidade e aponta o instituto da Mediação de conflitos como caminho a ser alcançado. Analisa, primeiramente, o percurso histórico jurídico-social até a contemporaneidade e firma a Mediação como possibilidade. Introduce um arcabouço teórico acerca dos conflitos e em seguida apresenta a sistemática da mediação e seus fundamentos filosóficos. Por fim, expõe sobre a pacificação e humanização dos conflitos através do instituto e consolida o princípio da Dignidade Humana e Autonomia Privada propostos em nosso ordenamento.

Palavras-Chave: Direito Civil. Mediação. Conflitos, Dignidade da Pessoa Humana.

PARAISO, Taritha Caetano Haystack. **The panorama of the Civil law in the present time and the mediation of conflicts as pacifying instrument in the Brazilian legal scene.** 2006. 175f. Dissertation (Master in Business Law) – State University of Londrina. Londrina, 2006.

ABSTRACT

This Master of Laws degree work treats about new routes of the Civil law in the present time and points to the Mediation of conflicts as a way to be reached. It analyzes, at first, the history of the institute until the post-modernity and establishes the Mediation as a possibility. The present work set basis about the conflicts and after that presents the philosophical system of mediation and its bedding. Finally, it exposes about humanize the conflicts and consolidates the principle of dignity and private autonomy in the juridical order.

Keywords: Civil Law. Mediation. Conflicts. Human Being Dignity.

LISTA DE SIGLAS

ADR	–	Alternative Dispute Resolution
CIDA	–	Canadian International Development Agency
ECA	–	Estatuto da Criança e do Adolescente
FMA	–	Family Mediators Association
IBDFAM	–	Instituto Brasileiro de Direito de Família
ONU	–	Organização das Nações Unidas
STJ	–	Summary Jury Trial

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 LEITURA CRÍTICA DO MOMENTO HISTÓRICO	13
2.1 PANORAMA HISTÓRICO JURÍDICO-SOCIAL DA ATUALIDADE	13
2.2 NECESSIDADE DE NOVOS PARADIGMAS	17
2.3 PRINCÍPIOS NECESSÁRIOS AOS NOVOS PARADIGMAS: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A AUTONOMIA PRIVADA	20
2.3.1 Dignidade da pessoa humana ²⁰	20
2.3.2 Autonomia privada	22
2.4 As Novas Tendências e Possibilidades – Interdisciplinariedade, ADRs e Mediação	24
2.4.1 A Necessidade da interdisciplinariedade	25
2.4.2 ADR – Alternative Dispute Resolution	27
2.4.3 Uma nova possibilidade – a mediação	32
3 A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: O CONFLITO E COMUNICAÇÃO – UMA VISÃO JURÍDICA INTERDISCIPLINAR NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO	33
3.1 O CONFLITO	33
3.1.1 Introdução e justificativa, por Luis Alberto Warat (2001, p. 10-20)	33
3.2 NOÇÕES E ORIGEM DO CONFLITO	34
3.3 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, NATUREZA E CICLO DO CONFLITO	37
3.4 CLASSIFICAÇÃO	41
3.5 O CONFLITO FAMILIAR	43
3.6 CONFLITO E A COMUNICAÇÃO	44
3.6.1 Os cinco axiomas da comunicação	45
3.7 A COMUNICAÇÃO E MEDIAÇÃO FAMILIAR	48
4 MEDIAÇÃO DE CONFLITOS - A MEDIAÇÃO E SUA SISTEMÁTICA	51
4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS E NOÇÕES HISTÓRICAS	51
4.2 CONCEITO	56
4.3 ESCOLAS FUNDANTES E A TEORIA SISTÊMICA	58
4.3.1 Escolas fundantes	58

4.3.2 A Mediação e a Teoria Sistêmica.....	59
4.3.2.1 Noções introdutórias, históricas e conceituais da Teoria dos Sistemas	59
4.3.3.2 A sistêmica, a família e a mediação	63
4.4 A mediação e a Interdisciplina.....	64
4.5. PRINCÍPIOS INFORMADORES DA MEDIAÇÃO	65
4.6 OBJETIVOS.....	68
4.7 APLICAÇÃO.....	71
4.7.1 Nos conflitos familiares.....	72
4.7.2 Momento de aplicação	73
4.7.3 Benefícios da aplicação.....	73
4.8 O PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO.....	75
4.8.1 O mediador e sua atividade.....	75
4.8.2 Técnicas da mediação e do mediador.....	77
4.8.2.1 Haynes e Marodin	78
4.8.2.2 Perguntas: lineares, circulares, estratégicas e reflexivas	81
4.8.2.3 Roger Fisher, Willian Ury e Bruce Patton	82
4.8.3 Formação técnico-profissional.....	83
4.8.4 Fases da mediação	85
4.8.5 Ciclos do Procedimento.....	87
4.9 A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA DA MEDIAÇÃO	88
4.9.1 Nos Estados Unidos	88
4.9.2 Grã-Bretanha.....	90
4.9.3 Na França.....	91
4.9.4 Na Argentina	92
4.9.5 No Canadá	93
4.10 O CONTRATO DE MEDIAÇÃO	95
4.11 A MEDIAÇÃO E O DIREITO POSITIVO	96
4.11.1 O panorama axiológico constitucional – fortalecimento da democracia pela mediação.....	96
4.11.2 A possibilidade Infraconstitucional e o Código Civil 2002.....	99
4.11.3 Movimentos pré-normativos	102

5 APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO: Humanização no trato dos conflitos	105
5.1 A MEDIAÇÃO COMO CONSAGRAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA	105
5.2 HUMANIZAÇÃO DOS CONFLITOS DE FAMÍLIA – POSSIBILIDADE DE TRANSFORMAÇÃO .	106
5.2.1 A Família e o Direito: sua Análise Histórica e Percepção Atual	107
5.2.1.1 O paradigma da afetividade	107
5.2.2 A Nova Família: sua Dinâmica contemporânea	115
5.2.3 Conflitos de separação e divórcio, guarda e alimentos – sua escalada	117
5.2.4 Possibilidade de humanização do direito: a mediação aplicada aos conflitos familiares.....	120
5.3 EXPERIÊNCIA NO CENÁRIO BRASILEIRO	124
5.4 ESTUDO DE CASO	125
5.4.1 Mediação 01	126
5.4.2 Mediação 02.....	127
6 CONCLUSÃO	129
REFERÊNCIAS	131
ANEXOS	142
ANEXO I – O Direito e os Sinos	143
ANEXO II – Código de Ética dos Mediadores	149
ANEXO III – Projeto de Lei 4827/98	155
ANEXO IV – Anteprojeto	158
ANEXO V – Resolução 11/2001.....	167
ANEXO VI – Entrevistas.....	179

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação trata do instituto da mediação como instrumento transformador dos conflitos nas relações jurídicas e concretizador dos princípios magnos estabelecidos pelo Direito, em especial no Direito Civil.

Busca fornecer um breve panorama e vislumbrar as perspectivas do Direito neste início de século XXI e suas tendências, a saber a mediação. Aponta a realidade do Direito na contemporaneidade e questiona as novas possibilidades jurídicas.

Intenta estabelecer as benesses da mediação, seja pelo resgate do sentimento de justiça, pela valorização da dignidade do homem ou pelo exercício da democracia. Tem como finalidade demonstrar a aplicabilidade da mediação no cenário jurídico hodierno, bem como, o instituto encontra-se apto a completar e auxiliar a sociedade atual.

O primeiro capítulo desta obra trata da leitura crítica do momento histórico em que se vive. Busca ainda situar o leitor num panorama jurídico-social da atualidade, vislumbrando a sistemática da situação jurídica contemporânea. Estabelece a necessidade de novos paradigmas e expõe algumas das possibilidades e tendências para este início de século.

Na seqüência, o capítulo dois explicita o conflito e a comunicação. Considera o conflito sob o viés interdisciplinar, através de uma construção deste junto à comunicação, bem como se tem a percepção das controvérsias familiares. Analisa os axiomas da comunicação e outros elementos relevantes.

O capítulo três traz a mediação e sua sistemática. Estabelece noções históricas, conceitos e fundamentos filosóficos. Analisa os princípios informadores da mediação e traça num plano pragmático os objetivos, abrangência. Analisa o procedimento do instituto, suas fases e o mediador. Traz ainda a realidade da aplicação da mediação na experiência estrangeira.

Faz-se preciso a compreensão do contrato de mediação. Seu conceito, Natureza Jurídica, Objeto e Princípios informadores, tais como a boa-fé, autonomia privada e confiança. Por fim, no capítulo dois, têm-se apontamentos sobre a mediação e o direito positivo. Tem-se a percepção do panorama axiológico

constitucional, a mediação dentro do Código Civil e alguns dos movimentos pré-normativos.

No último capítulo, tem-se análise da humanização dos conflitos e possibilidade de transformação pela mediação. Busca compreender a mediação no conflito familiar, e analisa nova dinâmica familiar, seu entendimento histórico e sua percepção na pós-modernidade. Cuida ainda da Transição do direito de família da codificação de 1916 e 2002 e da escalada do conflito no âmbito familiar. Por fim, tem-se uma demonstração da experiência no cenário brasileiro, e apresentam-se dois estudos de caso.

2 LEITURA CRÍTICA DO MOMENTO HISTÓRICO

2.1 PANORAMA HISTÓRICO JURÍDICO-SOCIAL DA ATUALIDADE

O mundo contemporâneo sofre significativas transformações nos mais diversos níveis. A tecnologia avança diariamente; rapidez, individualidade e consumismo tornaram-se marcas da sociedade presente.

Alterações comportamentais igualmente ocorreram: existe uma disfunção social e institucional na realidade contemporânea. Estas disfunções refletem a decadência do período denominado “sociedade industrial”.

O advento e a consolidação da sociedade industrial e as inúmeras revoluções deste último século embora tenham trazido recursos tecnológicos e transformadores no âmbito social, empregatício, relacional e jurídico deixou de gerar o fortalecimento do ser humano. Ao contrário: nesta realidade industrial, o indivíduo teria sido induzido a gozar de uma falsa liberdade. Isto porque, segundo o jusfilósofo José Elias Faria (1992, p. 136):

guiadas pela lógica monopolizadora e totalizante inerente ao desenvolvimento capitalista, a ciência e a técnica os teriam levado a se separar irreversivelmente da natureza. Não conseguindo conciliar historicamente experiência científica, expansão tecnológica e liberdade social, pois o processo cumulador, centralizador e concentrador decorrente da Revolução industrial teria hipostasiado o progresso da razão como valor autônomo, existente por si e indiferente a tudo, o espírito científico e a razão oriunda do iluminismo revelaram-se, com o tempo incapazes de neutralizar a angústia dos homens.

A atualidade, portanto, encontra-se atrelada a transformações quase instantâneas. São transformações fluidas, isto é: aquilo que há tempos atrás requeria séculos ou milênios para se alterar, nos tempos hodiernos ocorre em poucos anos. É possível até mesmo afirmar que a estabilidade é produto da antiguidade e modificação resultado do presente.

Nas palavras do sociólogo Bauman (1999, p. 18), “a modernidade imediata é ‘leve’, ‘líquida’, ‘fluída’ e infinitamente mais dinâmica que a modernidade

‘sólida’ que suplantou. A passagem de uma a outra acarretou profundas mudanças em todos os aspectos da vida humana”.

Neste contexto transformativo social, tem-se a percepção de que o Direito, de igual sorte, alterou-se e ainda clama por mudanças¹. No âmbito específico do Direito Civil transformações foram sentidas desde o final do século XIX e o decorrer da segunda metade do século XX, especialmente após a percepção da insuficiência dos paradigmas² da sociedade industrial. Estas mudanças e reflexões trouxeram ao jurista um novo sentir.

Os paradigmas que fundamentaram a modernidade foram necessários e precisaram se impor por várias razões. Primeiramente, foi imperativo à face do absolutismo que marcou o fim do período medieval. Posteriormente, foram cogentes para superar os traumas e a realidade da Primeira Grande Guerra.

Aqueles foram momentos de alterações profundas e de busca de superação de injustiças e desigualdades. Naquele tempo, a prioridade era a conquista da segurança jurídica, da preservação dos direitos, do estabelecimento das igualdades e da consideração máxima ao indivíduo, que não havia ocorrido na idade Média, tampouco no absolutismo.

Os paradigmas da era moderna foram a lei e da jurisdição. Além do mais, a segurança pretendida devia resultar de uma construção normativa que fosse abstrata para ser universal e clara para abranger todas as hipóteses vislumbráveis. A preocupação de caráter lógico-formal dominou e resultou nos grandes sistemas codificados. Estes compreendiam serem aptos a regular fatos e atos. Entendiam poder atender a toda hipótese fática que pudesse ocorrer na trajetória privada civil.

¹ Necessário se faz, neste momento ainda introdutório, estabelecer breves apontamentos sobre o Direito, para a compreensão de determinados conceitos a serem formulados. A finalidade primordial das regras sociais é proteger o ser humano e regular suas atividades com fim a promover o equilíbrio e a harmonia entre os demais participantes de determinada sociedade. Vicente Ráo (1997), afirma que o direito tem origem no próprio homem e é o fundamento desta ordem. Decorre da natureza humana e sua origem, essência e finalidade advêm desta força social. Na antiga Roma, desconhecia-se a palavra direito. O vocábulo cognato e etimológico deste era *directus* que significava “aquilo que é conforme a linha reta”. O termo que traduz a palavra “direito” para nossa realidade é, em latim, *jus*, que pertence à mesma raiz do verbo *jubere*, que significa ordena, que igualmente prende-se a mesma origem do verbo *jurare* – jurar. Assim, *jus* é o ordenado, o sagrado e consagrado.

² Entende-se por paradigma “uma constelação de concepções, de valores, de percepções e de práticas compartilhados por uma comunidade, que dá forma a uma visão particular da realidade, a qual constitui a base da maneira como a comunidade se organiza” (KUHN, 1975, p. 29)

E ainda, restava o paradigma “do dizer o direito³”. Este era traduzido pela pessoa do juiz que reproduzia o comando hipotético e abstrato da norma jurídica. Certo é que esta construção foi relevante há seu tempo. Contudo, esta estruturação do direito não foi suficiente para fundamentar as expectativas, os anseios, os fatos e a vida desenvolvidos especialmente após as Grandes Guerras. Neste sentido, leciona Antônio Carlos Wolkmer (2002, p.1):

Os modelos culturais, normativos e instrumentais que fundamentaram o mundo da vida, a organização social e os critérios de cientificidade tornaram-se insatisfatórios e limitados. A crescente descrença em modelos filosóficos e científicos que não ofereceram mais diretrizes e normas seguras abrem espaço para se repensarem padrões alternativos de fundamentação.

Por tudo isso, tornou-se (e ainda se torna) imprescindível a reorganização dos paradigmas jurídicos. Estes novos paradigmas estão diretamente ligados à complexidade de conflitos das relações contemporâneas, que produzem efeitos no Direito. Diante desta complexidade, não se pode mais conceber um modelo único, ainda que abstrato.

Relacionam-se também com a constante transformação da sociedade, na qual “ambiência legislada é, por vezes, estreita demais, ou insuficiente, ou inoportuna, ou mesmo inútil, para a realidade intrínseca e essencialmente mutável da vida dos homens” (HIRONAKA, 2003, p. 5)

Os traços da contemporaneidade ainda apresentam a superação da dicotomia privado-público. Tem-se a denominada constitucionalização do Direito Civil. Isto é, a constituição como aquela que coordena os ramos do Direito, inclusive o privado. Princípios que buscam proteger o ser humano; novos conceitos. Surgiram, ainda, tendências a outros rumos legislativos: a decodificação e os microssistemas.

Igualmente, se faz preciso reorganizar o paradigma da lei. Neste sentido, aduz Giselda M. F.N. Hironaka (2003, p. 4):

³ Dizer a lei era dizer o direito, porque a lei era o direito.

O paradigma da lei é estreito. E já se critica o paradigma do juiz, mesmo em sua evolução modernizada, isto é, mesmo sob esta sua nova postura e atuação, advindas de uma ampliação de seus poderes, pela autorização que lhe é concedida de decidir com base em noções vagas que são ilações de conceitos jurídicos indeterminados, como por exemplo, a função social, a boa-fé e as demais cláusulas gerais. Esse fenômeno que foi visto como o fenômeno da fuga das leis para o juiz, embora conveniente em certo momento, parece já não ter como se manter atuando, enquanto paradigma da pós-modernidade. É preciso um passo a mais, um passo adiante, nesta seara. Um passo que vise exatamente sepultar, em definitivo, o dogma do juiz servo a lei, do juiz como a boca que fala a letra da lei, exclusivamente.

Em meio a estas realidades no Direito atual, e em especial, no Direito Civil, surge um Código Civil, cujo projeto de lei possui 26 anos. Com o intuito de conservar o possível do antigo código e inovar sempre que necessário, o Código entrou em vigor em 2002, trazendo alguns diferenciais.

Enfim, o Direito Civil caminha para um novo momento.

Ao final do século XX, portanto, séculos depois da vigência do estatuto moderno fundamental da apropriação dos bens, da titularidade e do sujeito – o Código Napoleônico – esboça uma tentativa de superação do sujeito abstrato, com a construção do sujeito concreto, agregando-se àquela noção de cidadania. Eis aí o porvir do Direito Civil. (FACHIN, p.188)

O século XXI inspira um Direito mais humanizado e interessado na pessoa humana – e não no indivíduo sujeito de direito – como o seu verdadeiro centro: “um Direito mais ético, mais composto com o sentir do que com a razão, mais digno, mais socializado, mais corajoso e fiel, mais despojado de arcabouços meramente patrimoniais, mais permeável ao afeto, enfim” (HIRONAK, 2001, p. 8). Um Direito que atenda ao clamor da sociedade e que se aproxime das práticas sociais cotidianas.

2.2 NECESSIDADE DE NOVOS PARADIGMAS

José Saramago (1999), reconhecido literário lusitano, ao encerrar o ciclo de Estudos da Universidade de Coimbra “Perspectivas do Direito no Início do Século XXI” teceu uma interessante conto denominado “O Direito e os Sinos” (Na íntegra, vide Anexo I). Reflexão pertinente se faz sobre este no presente momento.

Em linhas gerais, conta que um camponês em Florença, ao procurar resolver seu conflito por diversas maneiras – judiciais e extrajudiciais – não obteve resposta. Assim, dirigiu-se ao centro da vila onde habitava e tocou os sinos a finados. Questionado por seus conterrâneos sobre quem tinha falecido, informou ter sido o Direito, pois não havia obtido dele qualquer auxílio.

Ao meditar sobre o conto, Saramago apresenta o seguinte apontamento (1999, p. 35):

Suponho ter sido esta a única vez que, em qualquer parte do mundo, um sino, [...] chorou a morte da Direito. Nunca mais tornou a ouvir-se aquele fúnebre dobre da aldeia de Florença, mas a Justiça continuou e continua a morrer todos os dias. Agora mesmo, neste instante em que vos falo, longe ou aqui ao lado, à porta da nossa casa, alguém o está matando. De cada vez que morre, é como se afinal nunca tivesse existido para aqueles que nela tinham confiado, para aqueles que dele esperavam o que da Justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça.

Não qualquer justiça ou uma justiça distante, ao contrário, uma justiça companheira Do ser humano. E finaliza o autor em palavras poéticas que lhes são comuns (1999, p.39):

uma justiça para quem o justo seria o mais exacto e rigoroso sinónimo do ético, uma justiça que chegasse a ser tão indispensável à felicidade do espírito como indispensável à vida é o alimento do corpo. Uma justiça exercida pelos tribunais, sem dúvida, sempre que a isso os determinasse a lei, mas também, e sobretudo, uma justiça que fosse a emanação espontânea da própria sociedade em acção, uma justiça em que se manifestasse, como um iniludível imperativo moral, o respeito pelo direito a ser que a cada ser humano assiste.

O mundo contemporâneo freqüentemente convive com a descrença no Direito. Orlando Gomes (2003, p. 15) descreve que “a injustiça social que reina neste mundo leva o homem da rua a crer que a lei se inspira na iníqua sentença, segunda a qual a razão do mais forte é sempre a melhor”.

A frase supra transcrita retrata duas verdades peculiares: a primeira diz respeito à veracidade desta afirmativa, pois não é este juízo tão despropositado quanto parece a uns; a segunda ensina que este juízo também não é tão absoluto quanto a outros se afigura.

O fato é que o Direito, em alguns momentos, encontra-se em descompasso com sua proposta. Por vezes, inexistente no universo jurídico a relevância constitucional dada à dignidade da pessoa humana, nem qualquer cuidado com o indivíduo em si. Há um desajuste entre a estrutura social e a superestrutura jurídica. É possível que muitos daqueles que recorreram ao judiciário, especialmente nos conflitos familiares, ainda que vencedores frustraram-se com o sistema.

Antônio Carlos Wolkmer (2005, p. 1), neste sentido, assim afirma:

Assinala-se que a crise que se abate sobre o arcabouço jurídico tradicional está perfeitamente em sintonia com o esgotamento e as mudanças que atravessam os modelos vigentes nas ciências humanas. Adverte-se que as verdades metafísicas e racionais que sustentaram durante séculos as formas de saber e de racionalidade dominantes, não mais mediatizam as inquietações e as necessidades do presente estágio da modernidade liberal-burguesa-capitalista. [...] abrindo espaço para se repensar padrões alternativos de referência e legitimação.

Leciona ainda e corrobora com o entendimento de Orlando Gomes (2003, p. 15) que o Direito positivo estatal encontra-se muitas vezes impotente e não atende de forma geral o universo complexo e dinâmico das atuais sociedades de massa. Estas sofrem profundas contradições sociais e instabilidades, que refletem em crises de legitimidade, produção e aplicação da justiça.

Por fim, assevera Wolkmer (1996, p. 3) que se torna obrigatório discutir a “crise dos paradigmas” na esfera específica do fenômeno jurídico. A crise no âmbito do Direito significa o esgotamento e a contradição do paradigma liberal-

individualista que não consegue mais dar respostas aos novos problemas emergentes.

Lênio Luiz Streck (2002) desenvolve sua narrativa no sentido de haver uma crise que decorre do Judiciário, derivada de descompasso entre sua atuação e as necessidades sociais. Assevera que, historicamente, alguns daqueles que operaram o Direito, o utilizam mais para sonegar do que para garantir direitos do cidadão: para tanto, basta olhar para os presídios, favelas, índices de mortalidade e coeficientes de impunidade, para entender a dimensão do problema.

Verifica-se, portanto, que não basta a simples elaboração de um texto para que se introduza efetivamente na sociedade a idéia que o inspirou. É necessário superar o paradigma normativista do modelo de produção de Direito liberal-individualista.

Existem, portanto, brados que advêm das exigências sociais, pela busca de novos padrões, que possam solucionar de maneira apropriada as recentes necessidades, aproximando-se das práticas sociais cotidianas.

Para tamanha construção paradigmática, é preciso que se articule de um projeto pedagógico desmistificador, libertador e popular. Para Wolkmer (2005, p. 4), este processo pedagógico que se consubstancializa numa teoria, pensamento ou discurso crítico

tem a função estratégica de preparar, em nível prático, os horizontes de um acesso mais democrático à justiça. Chega-se, assim, a alguns elementos caracterizadores da 'teoria crítica' do Direito, enquanto instrumental de 'transição' para uma juridicidade pluralista e emancipadora.

Na sociedade contemporânea, a sistemática tradicional carece de novo perceber e novos paradigmas. "Outro tempo, novos conceitos. A crise pressupõe idéia de superação, a expressão segmentada que tem como premissa a possibilidade de encontrar sentido em outras perspectivas", afirma com propriedade Luis Edson Fachin (2003, p.318).

Urgem, portanto, respostas eficazes para atender aos clamores populares por justiça e dignidade, bem como soluções eficazes aos conflitos sociais. E estas podem se dar através da busca por soluções alternativas, que valorizem o ser humano, instrumentalizem o direito atingir seu escopo.

2.3. PRINCÍPIOS NECESSÁRIOS AOS NOVOS PARADIGMAS

2.3.1 Dignidade da pessoa humana

A dignidade do ser humano representa um valor que excede o patrimônio e que traz consigo a idéia de algo apropriado ou adequado à condição de homem. “É um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supermo, construído pela razão jurídica.” (NUMES, 2002, p.46)

A dignidade é qualidade intrínseca da pessoa humana, algo que simplesmente existe sendo irrenunciável e inalienável. Trata de elemento que qualifica a pessoa, que nas palavras de Miguel Reale (2004, p.2), “é o valor-fonte de todos os valores, sendo o principal fundamento do ordenamento jurídico”.

A Constituição Federal de 1988, ao perceber esta demanda social universal estabeleceu em seu artigo 1º, III um princípio fundamental do Estado Brasileiro: fixou o denominado princípio da dignidade da pessoa humana. Percebe-se, nos tempos atuais, uma inversão: o Estado existe em função das pessoas e não as pessoas pelo Estado.

Neste sentido, leciona Vincenzo Scalisi (apud NEVARES, 2002, p. 295):

a pessoa que a Constituição eleva de vértice do ordenamento, não é mais o sujeito de direito codificado, formalista e abstrato, apreciável somente em termos patrimoniais e mais propriamente econômico-produtivos, mas sim o sujeito histórico real, considerado na multiplicidade de suas variadas e diversas necessidades, interesses, exigências, qualidades individuais, condições econômicas, posições sociais e, enquanto tal, devendo ser considerado como portador de valores essenciais e fundamentais instâncias de promoção e desenvolvimento da pessoa.

A dignidade diz respeito a um postulado que orienta o ordenamento positivo. Não pode ser compreendida como simples norma, mas sim como delineador do Direito e das relações jurídicas. A dignidade humana constitui valor

unificador de todos os direitos fundamentais e tem ainda função legitimadora do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos (NEVARES, 2002, p.298).

O respeito pela dignidade humana pode ser tido como princípio geral de direito comum dos povos civilizados. As codificações atuais têm inserido, sistematicamente, a pessoa como portadora de vontade abstrata. A tendência contemporânea do direito privado é a orientação que acompanha a teoria dos direitos da personalidade, que garante a proteção da integridade física e moral da pessoa humana e proclama sua primazia.

Deste modo, as relações privatistas possuem de forma direta a influência do princípio da dignidade da pessoa humana. Isto porque as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo nuclear dos direitos fundamentais. Trata-se do que a doutrina alemã designa por *Ausstrahlungswirkung*, isto é, “efeito irradiante”: os direitos fundamentais se irradiam nas relações privadas.

A codificação civil liberal tinha como valor necessário à realização da pessoa a propriedade, em torno da qual se encontravam os demais interesses privados. O patrimônio era aquele que realizava a pessoa humana (LOBO, 2006). A prevalência do patrimônio, como valor individual a ser tutelado nos códigos, abafava a pessoa humana, que passou a figurar no pólo de relação jurídica como sujeito abstraído de sua realidade.

Esta ênfase no patrimônio encontra-se em retrocesso e é incompatível com realidade atual. Tem-se, contemporaneamente na doutrina, a denominada repersonalização do direito civil. Isto é, a valorização da pessoa e promoção de sua dignidade.

A repersonalização traz o ser humano como centro do Direito Civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante. O personalismo coloca o ser humano no núcleo do sistema jurídico e retira o patrimônio dessa posição de bem a ser primordialmente tutelado (FACHIN, 2003).

É preciso, portanto, adequar o direito aos novos paradigmas. Neste sentido afirma Paulo Luiz Netto Lobo (2006, p. 6):

O desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e, através dela, seu patrimônio. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.

Deste modo, caminho certo a ser percorrido pelo Direito Civil contemporâneo é a personalização. A primazia da pessoa e sua elevação como cerne do Direito. As novas tendências do Direito Civil necessariamente, avançam neste sentido e apresentam possibilidades de concretizar este honrado princípio da dignidade da pessoa humana.

2.3.2 Autonomia privada

Ponto relevante a ser destacado como fundamento das novas tendências a serem apresentadas é o princípio da autonomia privada.

A autonomia privada é o poder jurídico dos particulares de regularem, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo o seu conteúdo e a respectiva disciplina jurídica.

Perlingieri (2002, p. 17) assevera que embora não seja de simples conceituação, a autonomia privada pode ser compreendida como “o poder reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos livremente assumidos.” Já para Luigi Ferri (1969, p. 301), autonomia privada possui o mesmo conceito de poder de disposição.

Pode-se afirmar que a autonomia privada não se confunde com a autonomia vontade. Neste sentido afirma Francisco Amaral dos Santos Neto (2006, p. 2):

Por muitos considerado como sinônimo de autonomia da vontade, com ela, a meu ver, não se confunde, pois a expressão "autonomia da vontade" tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto "autonomia privada" significa o poder particular de criar relações jurídicas de que se participa. Assim, é o poder que nós, particulares, temos, de regular juridicamente as nossas relações, dando-lhes conteúdo e eficácia juridicamente reconhecidos.

Tarcísio B. Wichrowski (2002) apresenta algumas distinções entre os dois institutos. A autonomia da vontade, para o autor, é a faculdade das pessoas se

comprometerem por atos jurídicos resultantes do livre acordo de vontades, sem que tenham, necessariamente de se revestir de qualquer tipo de formalidade. A forma requisitada pela lei refere-se ao ato jurídico em si mesmo e não à expressão da vontade, que é soberana, pelo direito natural e patrimonial.

Já o princípio da autonomia privada ou poder de disposição, resulta ser este direito objetivo reconhecido aos particulares de criarem normas jurídicas, auto-regulamentando os seus interesses, respeitados os princípios da ordem pública e bons costumes (SANTOS, 2001, p. 7)⁴.

A autonomia privada é um dos princípios fundamentais do sistema de Direito Privado. Isto porque acolhe a existência de um âmbito particular de atuação do sujeito. É parte do princípio de autodeterminação dos homens, é manifestação da subjetividade, o princípio dos tempos modernos que reconhece a liberdade individual e a autonomia do agir (SANTOS, 2001, p. 8)⁵.

Dentro das hodiernas perspectivas do Direito Civil, a autonomia privada torna-se assunto significativo. É preciso analisá-la à luz da dignidade da pessoa humana e considerá-la inserida na nova concepção do Direito. Neste, as estruturas jurídicas relacionam-se intimamente com a sua função social e o eixo fundamental do Direito se dá com realização dos interesses da pessoa humana.

À guisa da conclusão, toma-se as palavras sábias de Francisco Amaral (2001, p.10):

⁴ Entende-se como ordem pública “conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado, e as que, no Direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica” ;e bons costumes “como conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se exprimem em princípios jurídicos como o da lealdade”.

⁵ Francisco Amaral ainda complementa: “autonomia privada é um verdadeiro poder jurídico de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias. Funciona também como um princípio informador do sistema, isto é, como um princípio aberto, no sentido de apresentar-se não como norma de Direito, mas como a idéia diretriz ou justificadora da configuração e funcionamento do próprio sistema jurídico. E funciona ainda como critério interpretativo, já que aponta o caminho a seguir na pesquisa do sentido e alcance da norma jurídica.”

O século XXI exige conhecimento e, principalmente, reflexão sobre o que cada um de nós pode fazer pela sua casa, por si mesmo, pela sua faculdade e pelo Brasil. E especificamente sobre a autonomia privada, a convicção de que com a crescente liberdade e a importância da vontade na gênese das relações jurídicas, em uma sociedade pluralista, complexa, dominada pelo conhecimento tecnológico e pela mundialização da economia, como é a contemporânea, não há razões para não se considerar a autonomia privada como fonte de Direito, observadas as limitações legais que buscam assegurar o valor da justiça e da igualdade. Retoma-se assim o valor integral da pessoa humana e do personalismo ético.

Por tudo isso, a autonomia privada requer enfoque contemporâneo e pode contribuir – analisada com olhar humanista – para as transformações jurídicas necessárias.

2.4 AS NOVAS TENDÊNCIAS E POSSIBILIDADES – INTERDISCIPLINARIEDADE, ADRS E MEDIAÇÃO

O poeta Fernando Pessoa (1995, p. 94) nos versos abaixo, apresenta algumas reflexões valiosas a este trabalho acerca do novo e da possibilidade de o senti-lo.

A única maneira de teres sensações novas é construíres-te uma alma nova. Baldado esforço o teu se queres sentir outras coisas sem sentires de uma outra maneira, e sentires-te de outra maneira sem mudares de alma. Porque as coisas são como nós a sentimos – há quanto tempos sabes tu isto sem o saberes? - e o único modo de haver coisas novas, de sentir coisas novas é haver novidades de senti-las.

Dentro do panorama apresentado e ante a sistemática proposta ao Direito hodierno surgem algumas novas tendências possibilidades para o Direito Civil do início século do XXI.

José Eduardo Faria (2002, p. 88) questiona, neste sentido:

Que futuro poderá ter esse tipo de ordenamento jurídico e as instituições encarregadas de aplicá-lo? Se levamos em conta que estas duas décadas registraram mudanças intensas, profundas e radicais na concepção arquitetônica dos sistemas legais, na quantidade e na complexidade das regulações normativas, na natureza e no alcance dos conflitos sócio-econômicos, no conteúdo e nos objetivos dos códigos, leis e mecanismos processuais, nas práticas, nos valores profissionais e estruturas organizacionais dos grandes escritórios de advocacia, no volume de informações especializadas sobre o direito e na velocidade de sua circulação e, no fim, nas próprias categorias epistemológicas das diferentes teorias jurídicas, seria irresponsável tentar oferecer uma resposta objetiva, clara e precisa para essa indagação.

Diante dessa realidade, apontam-se três novas possibilidades com aspectos positivos e necessários ao contexto jurídico-social brasileiro: a necessidade do trabalho interdisciplinar entre o direito e demais ciências e as possibilidades alternativas de resolução de conflito, em especial a mediação, como forma concretizadora do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.4.1. A necessidade da interdisciplinariedade

A interdisciplina tem obtido significativas conquistas no universo científico. Na atualidade, os tempos são de incerteza e de crise: mudanças têm sido iminentes. Diante desta realidade social, importa refletir sobre os benefícios, limites e possibilidade da contribuição da interdisciplina na sociedade e no universo jurídico.

Segundo Giselle Groeninga (2003, p.2) “a interdisciplina tem se tornado palavra de ordem, palavra da moda. Mas que onda é esta que vem nos ventos do pós-modernismo – de difícil definição, nos ventos da globalização em que se anuncia até o fim da história”.

O mundo da razão e das ciências tem sido invadido pela inexorável subjetividade do humano. Há uma crise dos sistemas, das instituições e da razão nas ciências humanas. Mister se faz uma ressystematização responsável que inclua nos sistemas jurídico aquilo anteriormente foi excluído em razão de uma visão parcializada e em decorrência de uma excessiva especialização.

Em linhas gerais, toda forma de exclusão produz uma redução da percepção global. É possível tomar-se como exemplo a exclusão social de determinada parte da população e suas conseqüências. Esta é percebida desde uma pretensa indiferença ao *status quo*, até a proliferação da marginalidade com suas próprias formas de organização. O resultado da exclusão se dá através das revoltas que eclodem difusamente, da proliferação do uso de drogas, em atentados da ordem do terror.

No Direito, as conseqüências da tentativa da exclusão de outras formas de conhecimento, sobretudo daquelas ligadas à subjetividade, geraram certa disfunção no universo jurídico. Em razão deste afastamento, questionamentos surgem quanto à eficiência e ética do sistema judiciário, e causam descrédito nas instituições.

A interdisciplinariedade, primeiramente, foi recebida pelo Direito como um conhecimento de segundo escalão: vislumbrava-se que as teorias jurídicas eram suficientes em si mesmo. Porém, começou-se a perceber que se faz preciso ampliar o campo analítico, visto que as ciências são redes de conhecimentos que tende a compartilhar o saber entre si. É tempo, segundo Groeninga (2003), de inclusão dos excluídos.

A interdisciplina é o produto da combinação ordenada de aspectos do conhecimento com as novas necessidades defrontadas pela ciência e de acordo com suas finalidades. Este instituto pode contribuir profundamente com o mundo jurídico.

São necessárias mudanças epistemológicas que permitam um alargamento da ótica jurídica. Buscar a ampliação do conceito de ser humano através da interface de outras ciências, que resulta num aprofundamento do Direito. Isto porque, o conhecer da intersubjetividade (pressuposto da humanidade), produz efetivas condições para que o Direito seja a via por excelência do exercício da cidadania, do resgate do indivíduo e da eficaz resolução do conflito.

2.4.2 ADR – alternative dispute resolution

Para minimizar os efeitos disfuncionais da realidade anteriormente narrada, é possível considerar uma possibilidade (FARIA, 1992, p. 90):

promover a diversificação das jurisdições especializadas, em nome tanto da expansão quantitativa dos litígios quanto da crescente complexidade técnica e material dos processos e a desformalização de determinadas controvérsias em áreas específicas da justiça civil (consumidores, vizinhança, responsabilidade civil, família), pela ênfase às arbitragens, mediações, conciliações extrajudiciais.

Em congresso realizado na Universidade de Coimbra, foi percebida e apontada como nova perspectiva do Direito do século XXI, os meios alternativos de regulação de conflitos como instrumento essencial ao funcionamento de uma economia (UNIVERSIDADE DE COIMBRA, 1999, p. 16). Para tanto, era preciso retirar do judiciário o desempenho de funções que não carecem de judicialização.

Ainda no Congresso, firmou-se ainda que (CALDAS, 1999, P. 16):

Impõe-se ir construindo meios operacionais de graduação de complexidade na judicialização e simultaneamente encontrar modelagem que permita transferir para arbitragem, a mediação, o juízo de paz e de equidade uma plêiade de conflitualidades que não carecem de judicialização.

Parece, portanto, haver forte inclinação ao deslocamento de determinadas questões para as modalidades alternativas de resolução de conflitos.

O termo ADR – *Alternative Dispute Resolution*, a princípio foi utilizado nos Estados Unidos (e países da *common law*), e se referia a todas as formas de processos de resolução de disputas, sem intervenção de autoridade judicial.

Não obstante esta nomenclatura, Maria de Nazareth Serpa (1999, p. 356), aponta impropriedade em sua denominação. Há que se questionar, a que alternativa se faz referência. Afirma a autora:

Presumivelmente, se faz referência ao mecanismo judicial de resolução de disputas. Então, a palavra alternativa, que tem suas raízes no latim *alter* – ‘o outro’, e que significa a sucessão de duas coisas mutualmente exclusivas, explicaria a opção por outro mecanismo. Que outro? ADR tem sido utilizado para designar vários mecanismos de resolução de disputas afora o judiciário.

ADR – *Alternative Dispute Resolution* pode ser conceituado como modalidades para a finalização de conflito entre indivíduos ou grupos. Pode ainda se referir à forma de solucionar desacordos de maneira satisfatória, economicamente viável para partes, de modo a evitar o processo adversarial.

A doutrina tem apontado como benefícios:

- a) a diminuição da grande demanda do judiciário;
- b) promoção do retorno à resolução pela sociedade de seus próprios conflitos;
- c) redução de gastos com os processos legislativos;
- d) promoção da dignidade às partes e efetiva resolução dos conflitos e,
- e) facilitar o acesso à justiça.

Sua gama de métodos é crescente. Podem se dar de inúmeras formas. Citar-se-á, pela obra de Maria de Nazareth Serpa (1999, p. 356) dez processos utilizados em distintos ordenamentos jurídicos, em especial nos países da *common law*, onde se aplicam verdadeiramente estes métodos.

Os ADR primários dizem respeito à:

1) **Negociação:** Trata da primeira forma de resolução de conflitos do ser humano. Nela as próprias partes buscam a resolução do conflito. A negociação é um processo voluntário que não pressupõe a presença de qualquer terceiro imparcial ou neutro. As partes ou seus representantes buscam a satisfação de seus interesses através de uma prática cooperativa. A negociação requer o desenvolvimento da escuta, saída das posições originais, empatia e encontro das emoções. O resultado da negociação encontra-se intimamente relacionado com a postura de cada negociador.

2) **Conciliação:** a conciliação proporciona às partes a solução do conflito através da sugestão do especialista que administra o acordo. O objetivo do conciliador é conduzir as partes a um entendimento, através de uma intervenção

efetiva, que sugere e aconselha os conciliados. Há o resguardo do princípio da autonomia da vontade das partes, boa-fé, igualdade.

3) Arbitragem: é variante privada de um processo judicial, cuja lei brasileira que a regula é a nº 9.307/96. É um processo voluntário, menos formal que o judiciário, no qual um terceiro (árbitro), após um procedimento específico, promulga uma sentença, que possui valor de coisa julgada, sem possibilidade de duplo grau de jurisdição. É executável por procedimento de execução de sentença. Distingue-se da mediação em quase todo procedimento, especialmente pela imposição de uma decisão tomada pelo árbitro.

1) *Fact finding* (facilitação): pode ser visto como processo auxiliar nos demais métodos, e se refere à utilização de um terceiro para trazer à baila a percepção dos fatos. Usado, freqüentemente na arena da negociação coletiva e também em outras modalidades de disputas negociais. Inicia quando o negociador ou mediador encontra um impasse, e as partes são “encorajadas a realizar um acordo antes de recorrer à arbitragem, litígio, ou, no caso de disputas comerciais, um conflito.”⁶

É um método informal, no qual um terceiro neutro revisa os assuntos e reporta às partes conclusões e recomendações. Assim conclui a doutrina americana⁷:

Assim como um mediador, o objetivo do facilitador é conduzir as partes um ponto comum. Entretanto, diferentemente do mediador, o facilitador não se envolve na negociação das partes, a menos que as partes decidam entrar em mediação e manter o facilitador servindo nesta posição.

5) Ombudsman: não pode ser chamado de processo, propriamente dito. É o nome dado a um oficial, designado por uma instituição para investigar queixas e requerimentos, como maneira de prevenir litígios ou facilitar sua

⁶ *to spur a settlement before resorting to arbitration, litigation, or, in the case of union-management disputes, a strike* (original) Disponível em: <www.dwyersmith.com>. Acesso em: 10.12.2005.

⁷ *Like a mediator, the fact-finder's goal is to get the sides to common ground, however, unlike a mediator, the fact-finder does not get involved in the parties' negotiations unless the parties decide to enter mediation and retain the fact-finder to serve in that capacity.* (original). Disponível em: <http://martindale.com/xp/Martindale/Dispute_Resolution/ADR_Reference/Service_Roles/fact_finding.xml>. Acesso em: 10.12.2006

resolução. Essa terceira pessoa investiga e da experiência às queixas do cidadão com relação ao governo; cliente, em face do prestador de serviço.

6) Mediação: processo voluntário e informal, no qual um terceiro preparado para este mister realiza a ajuda e facilita a comunicação entre as partes. A mediação proporciona a autocomposição das partes, onde estas produzem a solução do conflito de acordo com seus próprios interesses. Prevalece de forma plena o princípio da autonomia da vontade, da boa-fé, igualdade das partes, razoabilidade, celeridade, sigilo, não sendo adversarial, possuindo os envolvidos, total controle sobre o processo.

A mediação conta com o auxílio de um terceiro, o mediador que não orienta diretamente as partes nem sugere soluções. Somente facilita a comunicação, resgatando a possibilidade do acordo. A mediação é um método único, que fornece às partes a possibilidade do retorno ao diálogo, à solução dos conflitos de forma pacífica. Viabiliza o retorno dos relacionamentos rompidos e a projeção de um futuro coerente e digno.

Os processos secundários (híbridos) podem ser:

1. *Míni trial*: pode ser chamado de assentamento estruturado de negociação. é um processo empregado para resolver disputas que estariam sujeitas à litigação prolatada. Busca proporcionar aos dirigentes de empresas a resolução de questões negociais, fora do âmbito judicial.

Muitas cortes incentivam as partes a estabelecerem - sem a necessidade de um julgamento formal - um mini-julgamento, no qual as partes apresentam suas evidências e a corte decide o resultado. Cada parte é livre para prosseguir para um julgamento formal, não obstante o resultado do mini-julgamento⁸.

2. *Summary Jury Trial*: Trata-se de uma breve exposição do caso em questão, por advogados a um júri simulado. Mesmo sem autoridade judicial, são arrolados dentro da mesma população de um júri oficial. O veredicto do júri simulado não sujeita as partes, mas auxilia no entendimento de seus casos, e as encoraja ao

⁸ *Many courts encourage the parties to settle without the need for a formal trial by holding a mini-trial in which the parties present their evidence and the court decides the outcome. While either party is free to proceed to a formal trial, regardless of the mini-trial's outcome, few do. (original) Disponível em: <www.lectlaw.com/def2/m157.htm>. Acesso em: 10.12.2006*

acordo. Este processo é, geralmente recomendado pelos tribunais nos EUA, ainda que não haja consenso das partes. Assim estabelece a doutrina americana:

Summary Jury Trial (SJT) é um processo designado para conceder aos litigantes uma previsão de como seu caso se julgado no tribunal. É um julgamento opcional, que oferece "uma verificação da realidade" e auxilia as partes a tomarem decisões sobre a possibilidade de prosseguir ao julgamento ou buscar resolver o caso fora da corte. O SJT pode ser iniciado voluntariamente ou por ordem da corte. Por demandar recursos intensos, os juízes tendem a reservá-lo para os casos que parecem ser longos julgamentos ou aqueles em que as partes têm expectativas muito diferentes ou irreais sobre o resultado. Como o processo pode ser voluntário ou compulsório, os juízes ajustam as regras e os limites de tempo, selecionam um júri disponível e presidem sobre a continuação. Um SJT típico leva um dia, embora os casos complexos possam durar uma semana. Advogados apresentam sumários de seus casos ao júri: este delibera, confere um veredito. Assim, após há a discussão da decisão com as partes⁹.

3. *Rent a judge*: trata-se de um juiz particular. São utilizados quando a legislação autorize este tipo de contratação. Um juiz, num tribunal privado, prola uma sentença, da qual cabe recurso.

4. Adjudicação: pouco difere do processo judicial comum, somente com uma pessoa (não juiz), que impõe uma decisão às partes.

Dentre todos estes métodos existentes contexto da ADR aplicados fora e dentro do contexto nacional, far-se-á uma reflexão aprofundada sobre a mediação.

A mediação diz respeito a uma possibilidade de humanização nas questões de conflitos no cenário jurídico. E traz a concretização de princípios fundamentais do ordenamento brasileiro.

⁹ *Summary Jury Trial (SJT) is a process designed to give disputants a forecast of how their case would fare at trial. It is a non-binding, advisory trial that offers a "reality check" and helps disputants to make informed decisions about whether they want to proceed to trial or attempt to settle the matter out of court. SJTs may either be entered into voluntarily or by court order. Because it is a resource-intensive process, judges tend to reserve it for cases that appear to be headed for long trials or those in which the parties have very different or unrealistic expectations about the outcome. Whether the process is voluntary or mandated, judges set the rules and time limits, select a jury from the available pool, and preside over the proceedings. A typical SJT takes a day, although complex cases have lasted as long as a week. Attorneys present summaries of their cases to the jury, which deliberates, renders a verdict, and then discusses the decision with the parties (original). Disponível em: <www.lectlaw.com/def2/m157.htm>. Acesso em: 10.12.2006*

2.4.3. Uma nova possibilidade – a mediação

A mediação poder ser percebida como possibilidade concretizadora do princípio da dignidade da pessoa. Isto porque considera os aspectos legais e emocionais dos conflitos. Individualiza o caso e facilita a comunicação entre as partes. Transforma, através de técnicas específicas, adversários em cooperadores.

Neste instituto, nem partes ou juristas trabalham sob a lógica do litígio. Ao contrário, de forma digna, tratam dos sentimentos humanos. O enfoque da mediação não é o acordo. Mas sim, é a busca pelo solucionar do dilema, investigando-se o passado para atingir o futuro.

Assim, conflitos que resultavam em anos de discórdias e rompimentos de relacionamentos são restaurados. Produz nas partes alteração de visão e paradigmas, restabelecendo comunicações.

Enfim, a mediação representa, nas palavras de Águida Arruda Barbosa (2001, p. 46) um alto grau de aprimoramento no “Atendimento a pessoas em sofrimento, exercido por operadores do direito dedicados a um conhecimento interdisciplinar, colocado à disposição das partes, com efeitos sobre outros profissionais envolvidos nas lides”.

Longe de almejar ser substituto do judiciário, fornecer soluções rápidas ao conflito, a mediação é uma mudança paradigmática. Deve-se promover uma cultura de humanização de vínculos. Urge a necessidade de alterações na cultura e mentalidade da sociedade, cuja tradição encontra-se alicerçada nos litígios e na transferência do conflito, fundada no pensamento paternalista: Estado como solucionador principal dos conflitos individuais.

Sobre a mediação como nova tendência do Direito Civil atual, sua aplicação nos conflitos, em especial, os familiares, sua prática como manifestação de um exercício do princípio da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana, versa a presente dissertação.

3 A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: O CONFLITO E COMUNICAÇÃO - UMA VISÃO JURÍDICA INTERDISCIPLINAR NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 O CONFLITO

3.1.1 Introdução e justificativa, por Luis Alberto Warat (2001, p. 10-20)

A mediação é um procedimento de intervenção sobre conflitos, e desta forma vai além de um instrumento processual. Luis Alberto Warat (2001, p. 10) afirma que:

para falar de mediação é preciso introduzir uma teoria do conflito mais psicológica que jurídica. No momento que os juristas falam de conflito, o reduzem à figura do litígio, o que não é o mesmo. Quando se decide judicialmente, por meio de um litígio se consideram normativamente os efeitos; deste modo, o conflito pode ficar cristalizado, retornando agravado em qualquer momento futuro. Os juristas quando intervêm em um conflito, apelam ao imaginário jurídico, que eu denomino de sentido comum teórico do Direito.

Em um litígio, os juízes decidem o pretendido pelas partes conforme procedimentos de interpretação das normas e referências dogmáticas, sem levar em consideração o querido e sentido pelas partes.

Para o autor, os juristas, na lógica do litígio, intervêm de modo a roubar das partes tempo, isto mediante um processo de antecipação idealizada do mesmo, e produz a antecipação do tempo para provocar o efeito de um controle normativo do futuro: simulam, para dar segurança, que a lei pode controlar desde o presente os conflitos do futuro (isso graças a uma mística abstração da variável temporal). Produzem uma simulação do tempo que impedem as partes em conflito de elaborar suas diferenças ao permanecerem subtraídas de sua temporalidade.

O conceito jurídico de conflito como litígio representa uma visão negativa do mesmo, algo a ser evitado. O sentido comum teórico organiza seu imaginário, pensando o conflito como disputa, que se reduz a questões dogmáticas,

normativas e predominantemente patrimoniais. Todavia, com enfoque interdisciplinar, Warat (2001, p. 11)¹⁰ apresenta novo valor ao conflito.

Os juristas nunca pensam o conflito em termos de insatisfação emocional ou de sentimento. Falta no Direito uma teoria do conflito, que nos mostre como o conflito pode ser entendido como uma forma de produção, com o outro (...). O conflito como uma forma de inclusão do outro na produção do novo: o conflito como autoridade que permite administrar com o outro (diferente) para produzir a diferença.

A mediação mostra o conflito como um confronto construtivo a ser gerenciado. É aquela que intenta interpretar o sentido do disputa a partir do lugar do outro, isto é: chegar ao lugar secreto da parte para descobrir os efeitos internos que afetam a todos, inclusive a si mesmo.

Com a mediação, fala-se, de uma possibilidade de transformação do problema através do olhar ao outro. Com isso, tem-se a valorização do indivíduo supostamente combatente em detrimento ao excessivo privilégio outorgado aos modos de dizer o Direito no litígio.

3.2 NOÇÕES E ORIGEM DO CONFLITO

A origem do estado de conflito constitui a própria existência da vida. Desde quando o homem demonstrou seus sentimentos e transcendeu na busca de satisfações - necessárias ou prazerosas - o conflito invadiu seu interior. Chegaram os tempos de condutas sociais e enfrentamento de expectativas, então a procura pela satisfação pessoal teve que lidar com a dos demais e posteriormente com as comunitárias. O que na intimidade era domínio absoluto do indivíduo, na vida comum gerou a competência para absorver o poder de decidir.

¹⁰ *Los juristas nunca piensan el conflicto en términos acción e insatisfacción emocional o sensible. Falta en el Derecho una teoría del conflicto que nos muestre como el conflicto puede ser entendido como una forma de producción, con el otro, de una diferencia; inscribir, gracias al conflicto la diferencia en ele tiempo como produccion de lo nuevo. El conflicto como una forma de inclusión del otro en la produciín de lo nuevo: el conflicto como otridad que permite administrar con el otro diferente para producir la diferencia. (original).*

Os conflitos, assevera Maria de Nazareth Serpa (1999, p. 18), encontram-se sempre relacionados à tensão. A tensão “é definida como estado de inquietação [...] desequilíbrio [...]. Muitos estudiosos têm discutido que a tensão é a fonte do conflito, mesmo surgindo de desequilíbrios conscientes ou interações interpessoais”.

Neste sentido, a autora ainda leciona (SERPA, 1999, p.20):

O homem tem grande necessidade de equilíbrio. Sempre que é impelido por sentimentos de raiva ou outros sentimentos, surge a tensão. Em razão disso, o homem tem necessidade de realinhar os elementos de conhecimento para voltar ao equilíbrio. Quando não consegue, daí para frente o conflito se manifesta e conseqüentemente a disputa pode ocorrer facilmente.

A sociedade apresenta duas maneiras de desacordo: operacional e ideológica. Ensina Humberto Maturana (1999, p. 62):

Nunca brigamos quando o desacordo é apenas lógico, isto é, quando o desacordo surge de um erro ao aplicar coerências operacionais derivadas de premissas fundamentais aceitas por todas as pessoas em desacordo. Mas há outras discussões que geram conflitos, como o caso de todas as discussões ideológicas. Isso acontece quando a diferença está nas premissas fundamentais de cada um. Esses desacordos sempre trazem consigo explosões emocionais.

A primeira delas advém de situações aceitas por todos em desacordo e possui cunho operacional. A segunda refere-se à discordância ideológica. É sobre esta modalidade que versará a presente sessão.

O conflito ideológico é próprio do homem e encontra-se vinculado a sua condição. Este desarranjo relaciona-se intimamente com a crença pessoal do ser humano e advém de circunstâncias cujas opiniões são distintas. É possível verificá-lo nos litígios familiares. Nestes, são quase certas as “explosões emocionais”, como descreve Maturana.

Embora seja constante na sociedade, o indivíduo possui pouca habilidade para resolver desavenças e demonstra significativa dificuldade na busca de sua solução.

Em linhas gerais, ocorreram formas distintas de enfrentamento de desavenças: a) boa reação, na qual os indivíduos, mesmo diante de discordância, conseguem enxergar seu real interesse e chegar à resolução; b) a má-reação; que gera a cronificação do conflito. Esta situação, além de impedir a regular solução do problema, pode acarretar enfermidades psicossomáticas, dificuldades sociais, violência, enfim, toda sorte de distúrbios sociais (BARBOSA, 2001).

Luis Alberto Warat (2001, p.43) entende que os conflitos possuem valiosas funções sociais e individuais. Proporcionam o estímulo para mudança, bem como o desenvolvimento psicológico do indivíduo. Portanto, segundo o autor,

o importante não é saber evitar ou suprimir o conflito, porque este costuma ter conseqüências danosas e paralizadoras; o propósito é encontrar a forma de criar as condições que estimulem uma confrontação construtiva e vivificante do conflito. É possível fazer uma diferenciação útil entre controvérsia enérgica e disputa nociva.

O estudo do conflito e sua solução se fazem imprescindíveis a esta dissertação e também ao Direito. Isto porque, o jurista é terceiro interventor no processo de resolução de disputas e trabalha com estas constantemente. A compreensão do conflito pode se constituir no trabalho de investigação mais importante e satisfatório da atualidade.

A mediação é procedimento que pode ser utilizado para resolver inúmeras situações devido à natureza universal do conflito. Não obstante, a mediação representa somente um dos diferentes métodos cabíveis para a solução dos mesmos (existem inúmeros outros: arbitragem, conciliação, judiciário, etc.). Toda modalidade possui diferentes ritos, alguns mais efetivos que outros para determinado conflito. Para a eficácia da mediação, todavia, é preciso compreender de forma madura a dinâmica do conflito.

3.3 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, NATUREZA E CICLO DO CONFLITO

Embora possam ser percebidos por enfoques distintos, o conflito seja entre indivíduos, grupos ou nações possui determinadas características de base.

Como já mencionado no item anterior, o conflito não se refere a algo necessariamente negativo, censurável ou intolerável. Todavia, a sociedade com frequência o desaprova ao compará-lo a situações de ganhos e perdas. Não obstante, mister se faz perceber que o conflito pode funcionar de maneira significativa e positiva: tem aptidão para trazer à baila, reorganizar e desenvolver as situações.

Não obstante os benefícios existentes, de modo geral, participantes de um conflito o percebem como crise e a mentalidade que nele impera dá lugar a processos destrutivos. Muitas técnicas de intervenção nos conflitos buscam rever esta destruição, especialmente no tocante à intrapessoalidade. O mediador é aquele que possui aptidão para evitar resultados destrutivos nas partes, pois através de técnicas encontra-se apto a desintegrar conflitos, remanejar os problemas e analisar os resultados com realismo.

Vezzulla (1998) conceitua o conflito interpessoal como sendo “duas individualidades confundidas pelas próprias limitações intrapsíquicas, que se enfrentam por posições incompatíveis, determinadas pelo desejo de poder mais que o outro, estruturadas numa posição defensiva, cheia de preconceitos, que confunde mais do que esclarece os próprios interesses”.

Já a mediadora Lidercy Prestes Aldenucci (2002, p. 38) apresenta o conflito como:

Uma situação experimentada, inicialmente, como desconfortável ou ameaçadora, vivenciada por duas ou mais pessoas que se enfrentam e, não sabendo como resolvê-la, vêem o outro como aquele que deve aliviar seu sofrimento ou pagar pelo prejuízo. O conflito interpessoal caracteriza-se pela falta de racionalidade no tratamento de uma situação gerada por mal entendidos, por desejos ou interesses incompatíveis ou por diferenças de percepção.

Para Kenneth Bouldin (1967)¹¹, o conflito é uma situação de competência em que as partes estão conscientes da incompatibilidade de futuras posições potenciais, e cada uma delas, deseja ocupar uma posição que é incompatível com os desejos da outra.

Estabelece diferença entre os modelos estáticos do conflito e os processos dinâmicos, os quais os movimentos da parte “A” afetam os movimentos subsequentes da parte “B”, que a sua vez afetam as ações de “A” e assim sucessivamente. É possível observar que estes processos dinâmicos se aplicam a todas as esferas de interação humana, seja em que nível for: simples (indivíduos-indivíduos), de grupos ou de organizações.

O conflito possui um ciclo de vida. Segundo essa teoria, os conflitos surgem, existem durante algum tempo e desaparecem sem intervenções como a mediação ou o judiciário. Não obstante, pode ocorrer um lapso temporal considerável antes que o conflito se resolva por si mesmo, tais como conflitos nacionais ou religiosos.

Dollard e Milles (apud FOLBERG, p. 45) estabeleceram três categorias de conflitos: aceitação/aceitação; aceitação/rejeição e rejeição/rejeição. O conflito aceitação/aceitação se refere àquele em que ambas as opções para se resolver um conflito são atrativas (ambas as possibilidades de solução são aparentemente benéficas para a parte), porém mutuamente exclusivas: a pessoa pode ter somente uma, porém deseja as duas.

A aceitação/rejeição se refere aos conflitos no qual a pessoa deseja uma opção, porém não deve tê-la por razões igualmente significativas. O conflito surge pelo desejo de se obter algo que não resta possível. Os conflitos rejeição/rejeição são causados pela aversão a ambas as opções, tendo que eleger uma delas (ex: empregado que ou escolhe ser transferido para cidade X ou ser demitido).

Ainda pode-se salientar a teoria de Rudolph Rummel (apud FOLBERG, 1984) que oferece uma extensa análise do conflito. Tem-se uma diferença entre o conflito latente e o conflito real, e estabelece três níveis:

¹¹ *uma situación de competencia em que las partes están conscientes de la incompatibilidad de futuras posiciones potenciales, y em cada una de ellas desea ocupar una posición que es incompatible com los deseos de la otra* (original).

potencialidades (estrutura do processo de conflito), disposição e poderes (efetiva situação de conflito) e, por fim, manifestações (conflito manifesto/ exteriorizado).

A segunda categoria se subdivide em mais 03:

- a. estrutura de conflitos: interesses que possuem uma tendência de oposições recíprocas. Segundo Maria de Nazareth Serpa (1999, p. 22) são as causas políticas, psicológicas e sociais que compõe o quadro conflituoso e permanecem latentes no indivíduo/grupo sem produzir efeito aparente. (É o background onde o conflito encontra todas as condições para se manifestar);
- b. situação de conflito: são os interesses, atitudes ou poderes opostos que se ativam. São manifestações típicas da busca de soluções. O que comumente se salienta, nessa busca são as ameaças, demandas. É o complexo de atitudes que compõe o conflito, na sua expressão mais definida: a disputa;
- c. conflito manifesto: que é o conjunto de conduta específica ou ações que indicam o conflito. Essas ações manifestam e tornam o conflito aparente.

Maria Nazareth Serpa (1999, p. 22), neste sentido, faz interpretação à obra de Rummel: “Em cada uma dessas formas existe um confronto dialético entre a realidade e a perspectiva do homem, em entrelaçadas potencialidades, disposições e poderes. O que é perceptível é o movimento de poder [...] Um movimento para frente e para trás. Por essa razão Rummel define o conflito como o equilíbrio dos vetores de poder”.

Cita-se como o seguinte exemplo: o divórcio. Este é uma ilustração deste sistema tripartido do conflito. Todavia, pode ou não chegar a uma situação de conflito. Assim aplica, Serpa (1999, p. 22):

Duas facções – marido e mulher, se opõe para obter resultado idêntico (melhor interesse dos filhos, por exemplo) em direções opostas. Causas múltiplas, como conceitos diversos de justiça, valores, ressentimentos (potencialidades) determinam a decisão de separar (disposições e poderes) e ativam comportamentos: descumprimento dos deveres do casamento, injúrias e ações retaliadoras, como bloqueio de conta bancário, seqüestro dos filhos (manifestações”).

O conflito teria então 05 fases: a) o conflito latente; b) a iniciação do conflito; c) a busca do equilíbrio do poder; d) o equilíbrio do poder e e) a ruptura do equilíbrio. O conflito então, atravessa momentos de paz e disputa.

Pode-se perceber este ciclo através do seguinte exemplo proposto por Folber e Taylor (1994): Nos problemas sobre o meio ambiente, os interesses da indústria madeireira com frequência se diferem daqueles inclinados a conservação e, portanto formam uma estrutura de conflito (fase 01) Esta estrutura de conflito pode permanecer latente durante muitos anos antes que surja uma situação de conflito, como a venda de amplos direitos madeireiros colidindo com uma área de conservação, (fase 02). Depois de um acontecimento desencadeante, os ambientalistas e a indústria entram em conflito. Esta situação faz com que cada interesse oposto prepare uma ação. Estes interesses devem equilibrar-se através de meios de coerção, como o pedido judicial ou através de meios de resoluções de conflitos como a mediação (fase 03). Os contendentes devem realizar ajustes através de um destes métodos, com o propósito de resolver o conflito. Depois de alcançar o equilíbrio através de um processo (fase 04), as condições se modificam com o tempo e o equilíbrio do poder que haviam sido estabelecidos também muda. Os mercados madeireiros podem declinar ou ambientalistas podem modificar seu ponto de vista acerca de qual é grau de dano a ser causado.

Folberg (1984, p. 42) explica que Rummel considera estas fases como um espiral contínuo, uma hélice que se põe em movimento mediante a mudança porém que se molda através do tipo de poder ou sociedade, na qual se manifesta. Quando o problema atravessa estas cinco fases, se completa uma volta na hélice. Estas mudanças nos valores e normas podem afetar a estrutura sócio-cultural e por sua vez, produzir novos conflitos latentes e manifestos.

Portanto, a mediação constitui um dos processos de busca do equilíbrio de poder pelas formas não coercitivas, que conduz a ajustes e termina num acordo.

Morton Deutsch (1973) analisou a natureza do conflito e oferece uma conceituação que pode ser de especial utilidade na mediação. Para o autor, há duas modalidades de conflito: manifesto (explícito) e o oculto (negado, implícito). Com frequência, o conflito manifesto abarca componentes simbólicos do conflito oculto: o manifesto é tido como aquele maior segurança. Tem-se como exemplo: o conflito manifesto entre pai e filho concernente a chaves do automóvel aparenta

maior segurança dentro da discussão que a argüição (conflito oculto) de quem tem mais poder.

Os mediadores devem classificar quais são os problemas manifesto e quais os ocultos, com o objetivo de desenvolver opções e obter resultados efetivos. Se as conquistas alcançadas na mediação se baseiam unicamente nos conflitos manifestos, é muito provável que a solução seja de curta duração.

Concluem-se, portanto que o conflito é tido como um conjunto de propósitos, métodos ou condutas divergentes. O grau de divergência determina a seriedade e a duração do conflito e afeta a probabilidade de uma resolução bem sucedida. O oposto do conflito é a convergência de objetivos, processo, atitudes que criam estabilidade e unidade de direção.

3.4 CLASSIFICAÇÃO

Os conflitos podem se classificar em diversas modalidades, inexistindo uma classificação global. Maria de Nazareth Serpa (1999, p. 37) apresenta inúmeras possibilidades de agrupamento, classificando-os conforme esquema abaixo.

No tocante à percepção e manifestação podem ser:

- verídicos: quando o conflito existe objetivamente e é percebido com exatidão;
- contingente: trata daquele relacionado à falta de conhecimento pelas partes de fatores que possam reorganizar a situação, satisfazendo a ambas as demandas;
- Subordinado: quando funciona como sintoma de um conflito real – discute-se pensão, quando na verdade, tem-se um conflito de relacionamento. Mesmo que possa ser atribuída uma solução para o conflito, este tende a se repetir
 - “Mal atribuído”: ocorre equívoco com relação às partes. Ex: Conflitos com empregados que, ao obedecer a ordens do patrão assumem determinadas posições e são tidos como “bodes expiatórios”.
 - Induzido: ocorrem onde existe causa política.

- Latente: pautado na pré-disposição para o conflito manifesto. As cadeias e penitenciárias tendem a possuí-lo.

- Estruturado: trata da fase entre o conflito latente e o manifesto. O conflito ainda não se concretizou. Tem-se como exemplo: Determinado país em conflito latente com outro resolve deslocar tropas para o local, objeto do conflito.

- Falso: é a ocorrência de conflito, quando não há motivo. Decorrem muitas vezes da má-compreensão.

Quanto à esfera de atuação do sujeito, podem ser:

- intrapessoais e os interpessoais. O primeiro deles diz respeito ao conflito interno do homem – dentro de si mesmo. O segundo refere-se ao conflito com o outro, seja em nível individual ou coletivo (de grupos). A mediação está dirigida primordialmente aos conflitos interpessoais.

Quanto ao objeto podem ser relacionados a conflitos: internacionais, constitucionais, administrativos, organizacionais, trabalhistas, comerciais, consumerista, de propriedade, corporativos, relacionados à responsabilidade civil (objetiva ou subjetiva), familiar, penal e comunitário.

Quanto aos interesses podem ser privados ou públicos. No tocante à natureza podem ocorrer:

- Conflitos de dados: Advém da falta ou do mau conhecimento de determinados fatos. Podem surgir pelas distintas opiniões.

- Conflitos de Interesses: decorrer de interesses pessoais. A oposição de interesses surge num conflito interpessoal em razão do desejo de minimizar a perda.

- Conflito de estrutura: trata daqueles relacionados ao interior de cada pessoa ou grupo.

- Conflitos de valor: diz respeito a conceitos morais, axiológicos ou religiosos. São raramente negociáveis.

- Conflitos de relacionamento: advém de percepções errôneas da comunicação e de comportamentos negativos

Quanto à forma, o conflito pode ser simples – trata-se de apenas uma questão (v.g. preço) – ou composto – pluralidade de questões, que, em determinadas situações demandam trabalho individualizado. Por fim, podem ser tidos, quanto aos seus efeitos como destrutivos – há sentimento nas partes de

prejuízo e construtivos – quando as partes percebem um ganho na consequência do conflito.

3.5 O CONFLITO FAMILIAR

O conflito familiar pode se dar de diversas maneiras. Haim Grunspun (2004, p. 21) apresenta seis modalidades de conflitos voltados à realidade da disputa familiar. Podem, segundo a classificação do autor, ser:

- Conflitos de Relacionamento: trata-se da deterioração de um relacionamento, pela presença de emoções negativas que buscam rupturas. Falhas, desconfianças são deturpadas e apontadas como razões importantes para o desentendimento. Clarificar as queixas e tornar aparente as emoções, pode facilitar pontos positivos no manejo do conflito de relacionamento.
- Conflitos de interesses: decorrem da competição em razão de necessidades incompatíveis. Tem como base a crença que, para a satisfação de sua necessidade, cabe sacrifício do outro.
- Conflitos estruturais: advém de fatores externos, como v.g., dificuldades financeiras, restrições geográficas, tempo, mudanças organizacionais, perdas. Tendem a ser dificuldades impostas.
- Conflitos de informação: baseiam-se especificamente no confronto de comunicação. A incompatibilidade verdadeira tende a maximizar o conflito.
- Conflitos de valores: São causados pela percepção ou existência de sistemas de crenças incompatíveis. Valores são crenças que são utilizados para dar sentido à vida (certo/errado, justo/injusto). As disputas sobre valores ocorrem quando um impõe seu conjunto de valores ao outro ou coloca exigências de que seu sistema é exclusivo e não permite divergências. O mediador não interfere nos sistemas de valores, mas pede esclarecimentos para o

conhecimento das partes, para saber se há possibilidades de acordo.

- Conflitos psicopatológicos: todos os conflitos podem ser tidos como psicopatológicos, em razão da carga emocional que possuem. Todavia, existem conflitos que requerem intervenções específicas, como um terapeuta de família ou psicólogo.

3.6 CONFLITO E A COMUNICAÇÃO

A questão conflituosa estava sempre ligada à comunicação, e não a avencas propriamente ditas, e passei a encarar a mediação como um método de administração de dados, para facilitar uma comunicação em meio a conflitos, seja em marido e mulher, estado e cidadão, comprador e vendedor ou empregado e empregador. (SERPA, 1999, p. 43).

Como pode ser percebido, o conflito encontra-se intimamente ligado à comunicação. Muitas vezes, ao existir uma estrutura de conflito, ante a uma má-comunicação, tem-se a eclosão da disputa.

A mediação busca, não somente chegar ao acordo, mas sim restaurar a comunicação perdida. Isto porque, as relações humanas podem ser mantidas. Ao se tratar de direito de família, em especial, face ao conflito, a família – filhos, pais, avós, etc. - permanece. Assim, disputas entre casais podem somente dissolver o vínculo marital, porém o conjugal se mantém. De igual sorte, em disputas comerciais, urge o interesse em manter as relações mercantis e não simplesmente findá-las.

A comunicação, portanto, possui valor máximo nos relacionamentos. Grandes confrontos poderiam ter sido suplantados se houvesse diálogos eficazes.

Paul Watzlawik (1993, p. 18) sugere que o estudo da comunicação humana seja dividido em três áreas: sintaxe, semântica e pragmática. A sintaxe ocupa-se com os problemas de transmissão de informação (códigos, ruídos). A semântica trata do significado da comunicação. A pragmática trata do comportamento, visto que a comunicação o afeta. São aspectos interdependentes, podem ser

exemplificados “a sintaxe é a lógica matemática, a semântica a filosófica e a pragmática é a psicologia.”

Deste modo, pode-se perceber que a pragmática trata dos efeitos comportamentais da comunicação, sendo esta a faceta da comunicação humana de interesse para o direito e para a mediação.

Para a eficaz compreensão da comunicação em seu viés pragmático, serão analisados cinco axiomas. Este estudo busca trazer algumas de suas propriedades, as quais possuem implicações interpessoais relevantes. Isto é, para que se compreenda a questão dos conflitos e do restabelecimento da comunicação na mediação se faz necessário, perceber quais os elementos fundamentais da comunicação.

3.6.1 Os cinco axiomas da comunicação

A) A impossibilidade de não comunicar:

O primeiro axioma da comunicação trata de uma propriedade básica do relacionamento: a impossibilidade de não se comunicar.

Todo comportamento (atitude) revela uma comunicação. Todo comportamento (reação, ação, imobilidade) - falado ou não - traz consigo um conteúdo de mensagem. Diante disso, é preciso incitar a seguinte reflexão: ao comportamento não cabe oposto, isto é, inexistente o não se comportar. De qualquer maneira, passiva ou ativamente, o ser humano se comporta e transmite uma mensagem verbal ou não.

Este axioma pode ser elucidado pelo exemplo de filho que se recusa a conversar com seus pais e tranca-se em seu quarto: ainda que não verbalmente, seu comportamento transmite uma mensagem – “não desejo o diálogo”.

Outra observação relevante é que a comunicação não somente acontece quando se tem a compreensão mútua da mesma. Há comunicação quando simplesmente se transmite uma mensagem. Segundo o autor (WATZLAWIK, 1993, p. 24), torna-se possível, inclusive, o diálogo de pessoa sozinha, em fantasia ou com a vida. Aduz ainda que “talvez esta comunicação interna obedeça a algumas

das mesmas regras que governam a comunicação interpessoal; contudo tais fenômenos inobserváveis estão fora do âmbito do significado que damos ao termo”.

Todo comportamento é como comunicação. Em sendo assim, é possível perceber inúmeras modalidades de comunicação: verbal, tonais, posturais, contextuais, dentre outras.

Em linhas gerais, conclui-se que mesmo o indivíduo que não deseja a comunicação ou busque não se comunicar, ainda esta negação é uma forma de comunicação. Deste modo é impossível não se comunicar.

B) O conteúdo e níveis de relação da comunicação:

Watzlawik (1993, p. 30) explicita que a mensagem que transmite informação denomina-se conteúdo. Este pode ser relacionado a qualquer tema, podendo ser inclusive, situações reais, falsas, fidedignas, etc. Outra denominação para a comunicação é ordem. A ordem refere-se às relações entre os comunicantes; trata da espécie da mensagem e como esta deve ser considerada.

É possível contextualizar este fato, através do exemplo dado pelo autor (1993, p. 30): “É importante soltar a embreagem gradual e suavemente” e “Solte a embreagem de golpe, e a transmissão pifará um abrir e fechar de olhos”. As mensagens citadas têm praticamente o mesmo conteúdo de informação, mas definem relações diferentes.

Vale dizer que existe relação entre o conteúdo (relato) e a relação (ordem) da comunicação. Em sendo assim, o relato transmite os dados da comunicação e a ordem como esta comunicação deve ser entendido (metacomunicação). Esta idéia não requerer verbalização.

Salienta-se que, no trato especialmente da comunicação escrita, as mensagens podem ser interpretadas, oferecem pistas metacomunicacionais ambíguas.

Assim, conclui-se que toda comunicação possui uma faceta de conteúdo e uma de ordem, sendo que a segunda é uma metacomunicação.

C) A pontuação da seqüência de eventos:

Este axioma da comunicação refere-se à interação entre os comunicantes. Para um indivíduo que observa uma comunicação, esta pode aparentar uma seqüência contínua de trocas. Esta seqüência (seja positiva ou não) organiza os eventos do comportamento, sendo vital às interações.

É possível se citar o seguinte exemplo (WATZLAWIK, 1993, p. 53): “uma pessoa que se comporta de certa maneira num grupo, chamamos-lhe de ‘líder’ e uma outra ‘adepto’, se bem que, se refletirmos, seja difícil dizer quem chegou primeiro ou onde um estaria sem o outro”.

Num conflito de casal, o marido pode afirmar que se anula porque a esposa é dominadora e, a esposa declarar que é dominadora porque o marido é nulo. Ora, cada qual somente percebe que seu comportamento é “meramente” uma resposta à atitude do outro. Este problema existe em razão da incapacidade deste casal metacomunicar-se sobre suas interações.

Esta pontuação de eventos também é observada pela antiga guerra fria: cada país produzia mais armamentos para se proteger, e conseqüentemente estas armas aumentavam. Ora, o grande dilema surge das pontuações ilegítimas das seqüências e da pretensão de que existe um começo.

Desta forma, conclui-se que “a natureza de uma relação está na contingência da pontuação das seqüências comunicacionais entre os comunicantes”.

D) Comunicação digital e analógica:

O axioma a seguir refere-se a existência e diferença entre a comunicação analógica e digital. O homem é o único ser que se comunica tanto analógico quanto digitalmente. Estes modos de comunicação caminham lado a lado e complementam-se.

A comunicação analógica é toda comunicação não verbal. O termo “não-verbal” está relacionado à postura, gestos, expressão facial, tom da voz, ritmo, e inúmeras outras formas de expressão. A comunicação digital é aquela que se verbaliza. Com base no segundo axioma, é possível relacionar a comunicação digital ao conteúdo e a analógica à relação.

No trato das relações, o homem deposita confiança na comunicação analógica. Isto porque, a comunicação digital, por si só, é faltosa de semântica adequada nesta área. Contudo, vale dizer que a mensagem digital possui um grau mais elevado de complexidade, versatilidade e abstração do que a mensagem analógica, a qual não possui “uma sintaxe adequada para a definição não-ambígua da natureza das relações (WATZLAWIK, 1993, p. 53).”.

E) Interação simétrica e complementar:

Watzlawik (1993, p. 61) leciona sobre Bateson (apud WATAZLAWIK, 1993, p. 61) que, em sua experiência, numa relação, é possível acontecer alterações de tempos em tempos, mesmo que não tenha havido perturbação externa. Assim, as relações podem ser baseadas na diferença ou na igualdade e denominam-se interações complementares ou simétricas.

Na simétrica, os parceiros tendem a refletir o comportamento um do outro. Por exemplo: a relação entre os alunos de uma mesma turma. Tem-se, nesta hipótese, a minimização da diferença.

Na complementar, o comportamento de um parceiro complementa o outro. Aqui se tem a maximização da diferença. Exemplifica-se pela relação entre professor e aluno. Vale ressaltar que um parceiro não impõe uma interação complementar ao outro: esta relação se encaixa - um deve ser o líder e o outro liderado.

3.7 A COMUNICAÇÃO E MEDIAÇÃO FAMILIAR

A mediação familiar e a comunicação entrelaçam-se, pois os conflitos familiares decorrem de uma inadequada comunicação. A essência do papel do mediador é conduzir os mediados à percepção e ao exercício consciente dos diversos níveis de comunicação. Ressalte-se, no entanto, que para a mediação familiar, a discriminação das diversas formas de comunicação aperfeiçoa o nível da compreensão e o da intercompreensão.

O caminho a ser percorrido para atingir o nível da intercompreensão começa pela qualificada troca de informações. Esta comunicação encontra-se normalmente deteriorada, pois os mediados comunicam-se pela linguagem do conflito - inadequada e destrutiva - em lugar da linguagem adequada e construtiva da intercompreensão.

O mediador pode conceder a palavra aos mediados: organiza a ordem de uso e o tempo da fala de cada parte, com a regra rígida de um não interromper a fala do outro. Ao término da fala de cada mediando, o mediador repete, reformula e confirma a informação e situa a situação.

Esta primeira organização comunicacional - que normalmente ocorre nas duas primeiras sessões de mediação - já se presta a conter a angústia dos sujeitos do conflito, permitindo-lhes acessar logo outro nível mais sensível da comunicação.

Águida Arruda Barbosa (1999, p. 45) compreende que para atingir a intercompreensão será necessário valer-se de informações, sentimentos, idéias, valores, explicações, representações, o que permite a circulação de subjetividade e objetividade. Trata-se, enfim, de uma atitude comunicativa que leva cada mediando a ter o cuidado de se fazer compreender e de se esforçar para compreender o que o outro diz.

Trata-se de diálogo a partir do registro do “EU”, vindo das experiências vividas, do “TU”, a partir das relações interpessoais, e do “ELE”, advindo do estado de coisas existentes. Nesta dinâmica comunicacional há espaço, inclusive, para surgir a incompreensão - tanto pessoal como no outro - afinal, compreender e compreender-se pressupõe aceitar que existem o inexplicável e o desconhecido.

Destas considerações iniciais depreendem-se duas conclusões significativas:

- a) Não se pode dizer que há ausência de comunicação na família, pois o que se observa é a presença de uma comunicação inadequada, não cumprindo a circularidade necessária, movimento indispensável para a sua efetividade;
- b) Os desentendimentos familiares têm raiz na dificuldade de comunicação. Isto decorre, muitas vezes, da impossibilidade de percepção dos próprios sentimentos, bem como pela falta de compreensão e identificação das funções familiares a ser desenvolvidas pelos membros no sistema.

A comunicação inadequada torna-se sobremaneira evidente quando da dissolução do vínculo conjugal, principalmente na hipótese de ruptura litigiosa. Isto porque na medida em que ex-casal realimenta inadequadamente o vínculo “conjugal” por meio da comunicação da linguagem do conflito, os filhos vivem em situação de abandono diante da dificuldade de diálogo entre os pais. Muitas vezes, o conflito se mantém “em nome” da criança. No entanto, os filhos tendem a se

perceberem sem espaço para compreenderem seu efetivo papel na família transformada pela dissolução.

Para estas famílias, a mediação possibilita o resgate da comunicação fundada na intercompreensão. Permite, igualmente, que o casal que passou pela dissolução possa compreender a fala e ação em nome próprio - e não em nome dos filhos - o que lhes permite discriminar as funções da família. Houve a ruptura do casal conjugal, porém o casal parental deverá se fortalecer para ter continuidade.

Assim, os pais tornam-se disponíveis para acompanharem o cotidiano dos filhos e tornam-se aptos a dar o devido significado às questões relevantes como a escolaridade, a sexualidade, a sociabilidade, etc.

Ressalte-se que a mediação interdisciplinar é capaz de proteger os filhos que transitaram pelo divórcio de comprometimentos psicológicos e psicossomáticos, tão presentes nas crianças no período pós-separação.

É freqüente ouvir, nas palavras de Águida Arruda Barbosa (1999, p. 48), depoimentos dos mediados que reconheceram que a mediação familiar proporcionou ao casal a oportunidade de experimentar, pela primeira vez, a plena comunicação fundada na intercompreensão. A mediação assim, exerce função pedagógica e prepara estas pessoas para novos relacionamentos sem repetirem o paradigma do casal dissolvido. Eis, portanto a real implicação da mediação: a transformação do conflito.

4 MEDIAÇÃO DE CONFLITOS - A MEDIAÇÃO E SUA SISTEMÁTICA

4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS E NOÇÕES HISTÓRICAS

No fundo, estamos cada vez mais inclinados a viver segundo o predomínio do social sobre o estatal, preferindo, sempre que possível, resolver nossas questões por nós mesmos (REALE, 1996, p. A2).

O conceito de administrar a justiça tem sido historicamente o monopólio do Estado, que de algum modo, restringiu a capacidade das partes resolverem seus próprios conflitos. A sociedade se despojou da disposição de solucionar seus desacordos e forjou-se uma cultura litigiosa e paternalista.

Pode-se afirmar que os cidadãos encontram-se apáticos e desprovidos de pensamento crítico (dados norte americanos confirmam que: outro grande perigo à república é a apatia dos cidadãos) (VANDERBILT, 1955, p. 3). Perdeu-se a habilidade de dirimir os próprios problemas e lança-se ao Estado a responsabilidade pela decisão da vida.

Ante a toda dinâmica contemporânea - progressos, desenvolvimento tecnológico e biotecnológicos, científico, cultural, globalização -a sociedade não resgatou o real de comando de sua própria existência. De forma muito relevante, José Eduardo Faria (2002, p. 136) aponta que:

Esse tipo de progresso teria implicado o comprometimento da liberdade, o preço dessa razão técnico-científica aparentemente emancipadora acabou sendo a impotência dos homens perante as instituições políticas e econômicas – como afirmam os críticos do projeto da modernidade, a própria autonomia da razão, premissa de toda uma filosofia jurídico-política entendida como atividade crítica capaz de resguardar a integridade física dos homens, sua emancipação espiritual e sua afirmação como “sujeitos sociais”, culminou por destruí-los. Como? Submentendo-os cada vez mais a um universo de dependências institucionais.

Assim, conforme leciona o jusfilósofo, mesmo (e por isso mesmo) com todo progresso e suposta realidade emancipadora, o homem passou a um contexto de dependência das instituições. Esta dependência pode ser estendida ao judiciário.

Por tudo isso, o ser humano encontra-se muitas vezes longe da possibilidade de resolver seus próprios conflitos. Ainda mais nos tempos ditos de pós-modernidade, quando o individualismo impera nas relações, torna-se por demais confortável ao ser humano entregar e responsabilizar o Estado – encarnados, neste caso, na figura do juiz e do judiciário - na resolução de sua própria vida.

O abandono desta mentalidade ‘paternalista’ se faz urgente. Para isto, é preciso o desenvolvimento de um novo pensar. A preservação de vínculos e a possibilidade de solução de conflito pelo próprio indivíduo encontram-se presente nesta nova razão e pressupõem a modificação de uma lógica conflitante a uma lógica consensual.

Primeiramente, requer-se uma transformação relacional - a comunicação faz-se imprescindível à solução do conflito. No entanto, atualmente, como já visto, numa disputa judicial as partes além de lançarem ao Estado a responsabilidade de decisão, delegam aos advogados o confronto pessoal com o outro.

Esta delegação, muitas vezes, dificulta a comunicação e entre as partes e o término definitivo do conflito. Pode-se observar que a parte contrária é vista como adversária, contra a qual se aplicam táticas de conquistas. Edifica-se, então, a impossibilidade de acordo, cabendo apenas uma solução advinda do magistrado.

Os juízes, repletos e sobrecarregados de inúmeros processos, não conseguem analisar mais profundamente cada caso, no sentido de buscar restabelecer a comunicação ou manter vínculos necessários. Os processos são lentos e desgastantes e o judiciário carece de juízes com formação humanista.

Não obstante esta realidade do quadro jurisdicional, os juízes compreendem as benesses de um acordo. Todavia, ocorre que muitos desconhecem as formas mais adequadas para o trato de pessoas em sofrimento, bem como desconhecem que o indivíduo litigante encontra-se em situação de estresse altíssimo, e por que não, em confusão mental. Esta realidade muitas vezes

impede que a parte compreenda a linguagem empregada pela autoridade judicial e resulta na infrutífera tentativa de acordo, conforme ensina Águida Arruda Barbosa (2001).

Uma grande questão paradigmática dos operadores do direito é a seguinte: compreender que o papel atribuído aos mesmos não se refere a resolver problemas das partes. Ao contrário, cabe aos operadores promover aos conflitantes a responsabilidade pela autoria de suas próprias vidas.

Embora a realidade do quadro apresentado, o sistema judiciário em si mesmo não pode ser tido como grande responsável. Isto porque assegura valores imprescindíveis ao Estado Democrático de Direito e ao homem. O sistema judiciário atual é imperioso e relevante à realidade social. Um tanto irreal seria vislumbrar a sociedade sem esta estrutura. Neste sentido, confirma Faria (1992, p. 136):

No mundo vivido do direito não há possibilidade de se operar exclusivamente com o consenso espontâneo – como a título de exemplo, por meio de estruturas judiciais de caráter meramente conciliatório. Dito de outro modo: não há como se furtar tanto à fixação de alguns parâmetros normativos quanto à tomada de decisões. No entanto, o problema da decidibilidade normativa, não pode continuar como sendo concebido e tratado nos termos estritos da tradicional concepção legalista de ‘soberania estatal’.

Face aos apontamentos jurídico-sociais narrados, é preciso reconhecer a forte carência de um modelo de acesso à justiça que permita o desenvolvimento deste retorno de “auto-resolução”, bem como que permita a compreensão da etiologia dos conflitos (em especial aqueles de natureza familiar, com forte carga de subjetividade).

O aprimoramento de acesso à justiça é a primeira resposta à demanda de cidadania, tendo como essência os direitos individuais - subjetivação dos direitos - o que resulta num ideal da mais ampla inserção social, para que seja garantida a preservação da identidade e se respeite o princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana.

Justamente nessa transição da humanidade, a Mediação surge como um fenômeno e representa uma ferramenta ao aperfeiçoamento da cidadania. Nesta contemporaneidade impera o anseio por novas formas de soluções de conflito, e, a mediação pode se traduzir por uma resposta necessária.

A mediação nada mais é que a entrega, ou melhor, a devolução à sociedade da capacidade de resolver seus conflitos. Não busca somente o “desafogamento” do judiciário. Isto porque tal feito fugiria a sua finalidade.

A mediação remonta a Antigüidade. Nas palavras de Maria de Nazareth Serpa (1999, p. 67):

Alternativa para solucionar disputas não é novidade. Talvez seja moderno chamar alternativa o que, em todos os tempos e lugares, foram maneiras cotidianas e imediatas de resolver problemas entre as pessoas. Começando pelo diálogo até a guerra, são incontestáveis e informais os métodos utilizados pela humanidade para pôr fim aos seus conflitos. Os tribunais sempre foram a última opção. ADR não é panacéia do século XX. É a institucionalização do que vem sendo feito, [...] em matéria de resolução de conflito.

Em Roma, afirma Rozane da Rosa Cachapuz (2005, p. 34), o direito “previa o procedimento *in iure* e o *in iudicio*, que significam, na presença do juiz, o primeiro, e do mediador ou árbitro, o segundo.”

Entre os judeus, chineses e japoneses a mediação sempre se fez presente. A figura do mediador podia ser institucional ou natural. A primeira forma decorrente de uma hierarquia na organização da vida comunitária (poder delegado) e a segunda como expressão do exercício da cidadania.

Na China antiga havia a prática da mediação, baseada nos ensinamentos de Confúcio. Há ainda¹² uma instância institucional de mediação que constitui uma etapa obrigatória de acesso à justiça.

No Japão, de igual sorte, tem-se significativo uso da mediação, com a figura do mediador em cada comunidade. Existe o denominado *chote*, que consiste em confiar a uma terceira pessoa ou uma comissão formada por um magistrado e dois ou mais conciliadores, se necessário. Os conciliadores são nomeados pelo Supremo Tribunal, para o período de dois anos. Devem ter entre 40 e 70 anos, qualificação técnica para a função, por competência ou personalidade.

¹² O filme de longa metragem “A história de Qiu Ju”, do diretor Zhang Yimou, 1.992, premiado no Festival de Veneza, descreve com fidelidade a figura do mediador da comunidade na China, como instância do Poder Público, cuja função deve ser exercida com neutralidade e imparcialidade, submetendo-se a um controle das instâncias superiores, pelo que está ausente a independência. Só depois de esgotada a instância, o cidadão pode acessar as demais instâncias.

Na verdade, o critério da escolha recai sobre os notáveis da comunidade. Somente após o esgotamento do *chotei* é que encaminha ao processo de instrução e julgamento. Esse instituto, modernamente, está regulado por lei desde dezembro de 1947.

Semelhantemente, nas tribos africanas havia a figura dos *moots*, que eram reuniões públicas ou privadas com fim a resolver conflitos.

Nos Estados Unidos, à época da colonização, os pioneiros também adotaram práticas extrajudiciais para resolução de conflitos. Isto porque, seus descendentes europeus não possuíam amplo acesso à justiça. De outro lado, em razão da origem puritana dos colonizadores americanos, a disputa judicial não era tida como atitude cristã.

Passados os séculos, a mediação recebeu nova formulação e ressurgiu nos Estados Unidos na metade da década de 70, sob o título de aperfeiçoamento do acesso à justiça. Ressurgiu como resposta à explosão do contencioso em massa e firmou o início de uma tendência mundial de criação de instâncias de conciliação para o trato de pequenas causas: especial em matéria de proteção ao consumidor e às relações locatícias (BARBOSA, 2001, p. 4).

No início, estes experimentos de mediação aparecem com uma conotação de uma justiça de segunda classe. No entanto, devido à necessidade humana de soluções de conflitos, o instituto se propagou por quase todos os ramos do direito.

Por ser a mediação universal, esta passou a atingir todo o continente europeu, sendo difundida primeiramente na Inglaterra, cujo serviço pioneiro se deu em 1973, no âmbito familiar. Ressalte-se que nos países da *common law*, há uma intensa utilização da mediação.

Na França, a mediação de alguma forma sempre existiu. Nos tempos antigos franceses, os bispos confiavam tradicionalmente aos padres uma missão de mediador entre seus párocos, tendo a nação tradição na resolução de conflitos. Recentemente, os párocos e professores de escola infantil retomaram esta tradição. O Código de Processo Civil Francês em 1995, incluiu a mediação como instrumento processual de primeira necessidade.

Kazuo Watanabe (2003, p. 53) apresenta algumas diferenças existentes entre o pensamento europeu e americano quando se trata em meios alternativos de solução de conflito. Aduz que:

Para os americanos, os meios alternativos são todos aqueles que não sejam tratamento dos conflitos pelo judiciário. Nesses meios, incluem-se a negociação, a mediação, a arbitragem e eventualmente, outros que podem ocorrer para o tratamento dos conflitos. Para alguns cientistas europeus, o meio alternativo é a solução pelo judiciário, porque, historicamente, os conflitos foram solucionados pela sociedade sem a intervenção do Estado organizado, à época em que não havia ainda força, um Estado bem organizado. De sorte que os meios normais eram a mediação e a negociação. Mais tarde, mesmo no sistema romano, percebemos que o juiz privado vem antes do juiz estatal. O juiz estatal só se institucionaliza na fase final da *cognitio extra ordinem*.

Na América Latina, a mediação foi introduzida primeiramente na Argentina, onde houve o estabelecimento da obrigatoriedade de passagem em Câmaras de mediação antes do ingresso no judiciário.

No Brasil, a mediação vem sendo aplicada ainda timidamente, embora crescente, há aproximadamente quinze anos, sob a proteção de alguns dispositivos legais não específicos. Câmaras e Institutos têm sido firmados, os quais buscam estabelecer a mediação de maneira séria e competente, conforme se verificará posteriormente.

A mediação pressupõe uma mudança na visão da sociedade. Esta não mais entregaria de forma incondicional seus conflitos ao Estado. Ao contrário, desfrutaria da possibilidade de “auto-resolver-se”, promovendo assim, uma legítima autonomia privada e a dignidade.

4.2 CONCEITO

Mediação procede do latim *mediare* – mediar, dividir ou intervir. A mediação pode ser analisada como uma forma não adversarial, voluntária e confidencial de solução de conflito, na qual as partes constroem por si suas próprias decisões.

Luis Alberto Warat (2001) define a mediação como: “uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção

legal. A mediação como uma forma ecológica de negociação ou acordo transformador das diferenças”.

Rozane da Rosa Cachapuz (2005, p. 28) assevera que a mediação é “meio extrajudicial de resolução de conflitos, onde um terceiro é chamado para encaminhar as partes a chegarem a uma solução.”

A mediação é um facilitador do exercício da cidadania. Instrumentaliza a autonomia, a democracia e os direitos humanos, superando o limite de resolução não adversarial das disputas jurídicas. Produz um dever de subjetividade que indica uma possibilidade de fuga da alienação.

A compreensão da essência da mediação e extração de seu conceito pressupõe o conhecimento de três lógicas distintas, segundo Águida Arruda Barbosa (1999): a da conciliação, a da força e da mediação.

A primeira delas, a lógica da conciliação, visa realizar um acordo sem enfrentar ou prevenir as causas do conflito atual. Isto em razão das partes encontrarem-se fragilizadas e não desejarem trazer à baila os motes reais do conflito.

A segunda, diz respeito à lógica da força. Há uma focalização no litígio, figurando as partes como adversárias entre si, disputam um jogo de ganhadores e perdedores. Por fim, há a lógica da mediação, que imprime às partes um novo modo de comunicação e a solução efetiva do conflito.

Sendo assim, pode-se analisar e compreender o conceito formulado por Jacqueline Mourret (1996, p. 37):

trata de uma prática social, fundamentada, teórica e tecnicamente, e, exercida por uma terceira pessoa, especialmente formada para o exercício deste mister, os mediados tomam decisões eficazes, graças à evolução do senso de responsabilidade que lhes é desenvolvido. Pessoas em conflito acabam resgatando a autoria da própria vida tornando-se capazes e independentes.

E, John M. Haynes (1996, p. 20), define que “é um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador - auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final resolve o problema com uma solução mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito”.

Deste modo, é possível extrair e estabelecer que a mediação nada mais é que a busca pelas próprias partes de soluções para seus interesses e controvérsias, sempre a critérios destes, através do resgate da comunicação, com o auxílio de um terceiro (mediador) podendo ser o processo interrompido a qualquer tempo, tudo com o fito de obter o real término do litígio.

4.3. ESCOLAS FUNDANTES E A TEORIA SISTÊMICA

4.3.1. Escolas Fundantes

A mediação enquanto instituto contemporâneo possui escolas que fundamentam sua construção. Foram desenvolvidas a partir da segunda metade do século XX e possuem alguns diferentes aspectos.

Primeiramente, analisar-se-á a denominada Escola de Harvard. Em Harvard, houve o desenvolvimento de técnicas de negociação na busca de caminhos para soluções de obstáculos e foram introduzidos conceitos claros quanto à mediação. Nesta ótica, tem-se a diferenciação das pessoas e dos problemas. O foco repousa no conflito e não na posição: não se refere à intrapessoalidade. As partes devem deixar suas posições iniciais e trilhar a descoberta para a resolução do conflito.

Há a criação de opções e objetivos para benefícios mútuos. Destaca-se a importância da escuta, cuja máxima é “Não se fala contra a outra pessoa, fala-se sim com a outra pessoa”, isto é: a discussão refere-se a uma posição assumida e não a um indivíduo.

Existe de igual sorte, a denominada Escola Transformativa, que possui grande valia à mediação brasileira. Na transformativa, busca-se uma revisão das relações. Entende-se nesta escola que o acordo e a resolução do problema somente serão firmados quando houver um resgate e restabelecimento da comunicação entre as partes. Nesta esteira, assevera Juan Carlos Vezulla (1999, p. 114) que “todo conflito é um conflito de inter-relação. Se não se modificam as pessoas nessa relação, não poderemos avançar a solução do problema”.

A Escola Pós-moderna ou Narrativa foi desenvolvida nos anos oitenta, sob comando de Sarah Cobb. Afirma-se, neste modelo, que cada conflito refere-se a uma história e uma narrativa. Diante disso, somente pode haver acordo se existir transformação. O acordo não mais é foco da mediação: passa então ao relacionamento. Busca enfatizar a comunicação em seus aspectos expressivos de conteúdo e de inter-relação.

A Escola Narrativa procura reformular papéis e intenções, bem como desfaz a narrativa anterior. Tem-se a planificação dos cenários e então, a construção de novas narrativas.

4.3.2 A Mediação e a teoria sistêmica

Ao estudo da mediação, como ciência interdisciplinar, é necessário o conhecimento da Teoria dos Sistemas. Nesta pesquisa será analisada a teoria dos sistemas somente no viés social, isto é, a relação entre o conflito e o meio, bem como a mediação enquanto instituto que compreende a realidade do sistema de cada indivíduo. Esta percepção humanista torna concreto o princípio da dignidade da pessoa humana pelos apontamentos realizados em cada sistema.

4.3.2.1 Noções introdutórias, históricas e conceituais da teoria dos sistemas

A sociedade e os conflitos dela decorrentes tornam-se progressivamente mais complexos e interligados. Nas palavras de Fritjof Capra (1996, p.23), “quanto mais estudamos os principais problemas de nossa época, mais somos levados a perceber que eles não podem ser entendidos isoladamente. São problemas sistêmicos, o que significa que estão interligados e são interdependentes”.

Para a correta compreensão destes conflitos, é preciso uma análise ampla e contextual (voltada ao todo). Esta percepção completa pressupõe uma alteração do paradigma antigo que outrora regia a sociedade.

Em linhas gerais, o paradigma que dominou o pensamento científico por alguns séculos e que influenciou significativamente a sociedade ocidental consistia – dentre outros valores - na concepção do universo como um sistema mecânico, composto de blocos de construção elementares. Para ele, é preciso a compreensão fragmentada das partes para se entender o todo.

Não obstante este entendimento surge novo paradigma proposto pela teoria dos sistemas. Trata-se de uma visão geral (agregada) da realidade e não mais uma coleção de partes fragmentadas - há um enfoque ecológico do universo. Esta visão ecológica (no viés profundo) ¹³ consiste em formular questões mais densas a respeito dos fundamentos da visão de mundo e da vida moderna. Questiona o paradigma fragmentado numa perspectiva global: a partir da ótica do relacionamento interpessoal, com as gerações futuras e com a teia da vida da qual todos fazem parte.

A disputa básica entre os pensamentos é a tensão entre as partes e o todo. A ênfase nas partes tem sido chamada de mecanicista, reducionista ou atomística; a ênfase no todo, holística, organísmica ou ecológica. Na ciência do século XX, a perspectiva holística tornou-se conhecida como sistêmica.

A palavra sistema advém do grego, com o sentido de indicar o conjunto formado apenas por premissas ou por premissas e conclusões (CRUZ, 2001, p.13). Já LALANDE (1993, p. 1034) conceitua sistema como “conjunto de elementos, materiais ou não, que dependem reciprocamente uns dos outros de maneira a formar um todo organizado.” Boszormenyi, Nagy e Spark (1973, p. 16) afirmam que “um sistema é um conjunto de unidades caracterizadas por sua dependência mútua.”

Assevera Paulo Bonavides (2002, p.89) que “sistema veio a entender-se, a seguir, como o conjunto organizado das partes, relacionadas entre si e postas em mútua dependência”.

O pensamento sistêmico contemporâneo emergiu simultaneamente em várias disciplinas na primeira metade do século, especialmente na década de 20. Os pioneiros do pensamento sistêmico foram os biólogos que enfatizavam a

¹³ Assevera Capra que: “o sentido em que eu uso o termo ‘ecológico’ está associado com uma escola filosófica específica e, além disso, com um movimento popular global conhecido como ecologia profunda, que está, rapidamente, adquirindo proeminência. A escola filosófica foi fundada pelo filósofo norueguês Arne Naess, no início da década de 70, com sua distinção entre “ecologia rasa” – centralizada no ser humano – e ecologia profunda – que vê o mundo como rede de fenômenos

concepção dos organismos vivos como totalidades integradas. Foi posteriormente enriquecido pela psicologia da Gestalt e pela nova ciência da ecologia, na física quântica, estendendo-se às diversas ciências, dentre elas o Direito.

Historicamente, pode-se perceber um movimento pendular entre o paradigma sistêmico e o mecanicismo cartesiano: ora inclinada a um, ora a outro. Analisar-se-á a este movimento até o pensamento sistêmico atual.

Primeiramente, esta tensão se desenvolveu na biologia. Desde o pensamento filosófico grego, existia uma disputa entre a realidade partida e sistêmica. Aristóteles (CAPRA, 1996, p. 34) acreditava que a forma (padrão, qualidade, ordem) não tinha existência sem a matéria (substância, estrutura e quantidade) – percebia que havia uma ligação entre ambas.

A idéia aristotélica de complexidade e integração permeou o pensamento até os séculos XVI e XVII, com o fim da Idade Média. Isto porque, em razão das grandes descobertas científicas e matemáticas realizadas por Copérnico, Galileu, Descartes, Bacon e Newton (VICENTINO, 1994, p. 160), no período denominado Iluminismo, a noção do universo orgânico foi substituído pelo conceito de máquina.

René Descartes (OLIGARI, 2003) formulou o denominado Mecanicismo Cartesiano, no qual o todo deveria ser compreendido pela análise das partes. Esta teoria fragmentada atingiu os diversos ramos das ciências: biológica, matemática, física, etc.

A primeira oposição a este paradigma veio do movimento romântico na arte, literatura e filosofia no final do século XVII e XIX. Houve um retorno ao pensamento de Aristóteles, e restaurou-se o pensamento no sentido orgânico. Capra (1996, p. 36) leciona acerca de Goethe o qual foi o representante principal deste pensamento e Immanuel Kant, influenciador da compreensão orgânica que faz apontamentos no tocante à “auto-organização”: as partes existem por meio de cada outra, no sentido de produzirem uma outra.

Em meados de 1850, houve novo retorno ao mecanicismo. Na biologia descobria-se a teoria das células, a microbiologia e o microscópio – o que corroborava com o pensamento da compreensão do todo pela parte. Todavia, no

início do século XX, nova oposição a este pensamento ocorreu: tem-se o vitalismo, que novamente buscou a concepção global.

O vitalismo continuou a ser pesquisado e desenvolveu-se na denominada Biologia Organísmica, na primeira metade do século XX. Esta reflexão resultou na Teoria Sistêmica contemporânea.

Em aproximadamente 1930, a maior parte dos critérios de importância do pensamento sistêmico tinha sido formulada pelos biólogos organísmicos, pela psicologia da Gestalt¹⁴ e pela ecologia.

Atribui-se de maneira geral, a autoria à Ludwig von Bertalanffy (CAPRA, 1996, p. 51) pela primeira formulação do arcabouço teórico da Teoria dos Sistemas. Bertalanffy começou sua carreira como biólogo em Viena em meados de 1920. Trabalhou juntamente com filósofos do Círculo de Viena. Dedicou-se especialmente a substituir os fundamentos mecanicistas da ciência pela visão ecológica. Em sua obra “Teoria Geral dos Sistemas”, denominado marco inicial da Sistêmica, descreveu princípios acerca de organização dos Sistemas vivos.

Não obstante este entendimento foi o russo Alexander Bogdanov (CAPRA, 1996, p. 51) que apresentou os primeiros escritos referentes à sistêmica contemporânea, há aproximadamente quarenta anos antes Bertalanffy. Desenvolveu a denominada tectologia (do grego *tekton*, construtor) ou “Ciência das Estruturas”. Esta teoria buscou formular uma organização das estruturas vivas e não vivas, antecipando as idéias do biólogo austríaco. Embora com tamanho pioneirismo, suas idéias não foram divulgadas.

Deste modo, foi com Bertalanffy (OLIGARI, p 3) que a sistêmica projetou-se e estruturou-se. Acreditava que uma teoria geral dos sistemas ofereceria um arcabouço conceitual geral para unificar várias disciplinas científicas que se tornaram isoladas e fragmentadas.

Por tudo isso, pode se perceber que na teoria sistêmica atual, as propriedades essenciais de sistema são referentes ao todo, que nenhuma parte possui. Advém das interações e relações entre as partes.

As propriedades das partes somente podem ser compreendidas no contexto do todo. Desse modo, a relação entre as partes e o todo foi revertida. Em

¹⁴ Gestalt é a palavra alemã para forma orgânica. Na psicologia da Gestalt entendia-se que os organismos vivos percebem coisas não em termos de elementos isolados, mas como padrões perceptuais integrados. Isto é, totalidades significativamente organizadas que demonstram

conseqüência disso, o pensamento sistêmico concentra-se não em blocos de construção básicos, mas em princípios de organização. Utiliza-se, portanto a metáfora da rede.

O pensamento sistêmico é contextual, oposto ao pensamento analítico. A análise significa isolar alguma coisa a fim de entendê-la; o pensamento significa coloca-la no contexto de um todo mais amplo. É necessário um deslocamento do foco das partes para um todo.

4.3.3.2 A sistêmica, a família e a mediação

Em princípio, a Teoria dos Sistemas explica o funcionamento de qualquer sistema vivo. Por conseqüência, cabe sua aplicação em diversas esferas: sociedade, instituições e também no Direito.

O antropólogo francês Gregory Bateson (CARBONE, p. 02) trouxe contribuição na concepção do funcionamento de um relevante sistema: a família. Introduziu alguns conceitos de cibernética no entendimento da comunicação e de sua manutenção no interior da família. Pode-se afirmar assim, que para Bateson, o sistema é qualquer unidade que inclua uma estrutura de retroalimentação e capaz de processar informação.

Para o autor (BARBOSA, 2002, p. 1), a família poderia ser análoga a um sistema homeostático. Este sistema é espécie de mecanismo de retroalimentação que permite alcançar e/ou manter um estado de equilíbrio dinâmico. Tem-se um arranjo circular de elementos ligados por vínculos causais, no qual uma causa inicial se propaga ao redor da articulação do laço, de modo que cada elemento tenha um efeito sobre o seguinte, até que o último realimento o efeito sobre o primeiro elemento do ciclo (CRUZ, 2001, p. 17). Em outras palavras, sob este enfoque, a família pode ser compreendida como um circuito de retroalimentação. Isto porque, o comportamento de cada pessoa afeta e é afetado pelo comportamento dos demais integrantes daquele núcleo. Portanto, na família

não ocorre a causalidade linear, mas, ao contrário, ela se estrutura dentro de uma concepção de circularidade.

Na mediação de conflitos é necessário entender a sistemática do núcleo a ser trabalhado. A visão sistêmica do conflito permite ao mediador compreender o seu papel, como integrante de um sistema que receberá o nome de Mediação. Instrumentaliza ainda percepção do problema: onde – verdadeiramente – se localiza o desacordo.

Aplicada à realidade sistêmica, a relação perdedor-vencedor de uma disputa comum, submetida à decisão jurisdicional (causa linear) torna-se uma realidade complexa, onde todos os envolvidos são chamados à responsabilidade do problema (causa circular).

Assim, o mediador age num sistema de interação, no qual ele é o condutor da construção de um ritual em busca da homeostase. Tem-se a retomada do equilíbrio necessário para que os mediados retomem a capacidade de tomar decisões sobre suas próprias vidas.

4.4 A MEDIAÇÃO E A INTERDISCIPLINA

O conceito de disciplina pode ser entendido como “o conjunto sistemático e organizado de conhecimentos que apresentam características próprias nos planos do ensino, da formação, dos métodos, e das matérias (2003, p. 54)”. Já a multidisciplinaridade define-se como “uma gama de disciplinas adotadas simultaneamente, abstraídas as relações existentes entre si”. (JAPIASSU, 1976, p. 72).

O conceito de interdisciplinaridade envolve grande complexidade e, por ser uma abordagem mais recente do conhecimento humano, seu significado ainda não é inteiramente sintetizado por uma compreensão universal. Para Japiassu (1976, p. 75) “A interdisciplinaridade define-se como axiomática comum a um grupo de disciplinas conexas e definidas no nível hierárquico imediatamente superior, introduzindo-se a noção de finalidade”.

Decorre desta essência a mediação interdisciplinar, que é uma ferramenta capaz de promover a reorganização e a transformação do conflito - a

partir de um saber que toma por empréstimo os saberes de outras disciplinas e integra.

A mediação só pode ser pensada pela interdisciplinaridade. Isto com vistas a ampliar a capacidade humana para perceber as possibilidades de encontro entre diferentes pontos de vista e permitir a transformação da realidade.

O modelo brasileiro de mediação a ser adotado deverá ser, a rigor, interdisciplinar, capaz de promover um reenquadre do conflito, dar-lhe uma nova moldura. Neste sentido afirma Águida A. Barbosa (1999, p. 2):

integração do saber interdisciplinar, assim definido pelo Código da Mediação, elaborado pelo Centro Nacional da Mediação (França), contendo os princípios deontológicos da mediação: 'A mediação é um procedimento facultativo que requer a concordância livre e expressa das partes concernentes, de se engajarem numa ação (mediação), com a ajuda de um terceiro, independente e neutro (mediador), especialmente formado para esta arte. A mediação não pode ser imposta. Ela é aceita, decidida e realizada pelo conjunto dos protagonistas.

A interdisciplina e a mediação não procuram a substituição do direito à psicologia, e não se confunde com a terapia, conforme leciona J.B. Villela (1999). Todavia, o aconselhamento preventivo e reparatório pode ser benéfico ao êxito mediação. A mediação necessita de conhecimentos extrajurídicos. Estes podem ser representados pela teoria biológica de Maturana (Autopoiese), a linha filosófica de Nietzsche, a psicanálise, e a dinâmica sistêmica.

4.5 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA MEDIAÇÃO

A mediação, por ser baseada num acordo de vontade e transcender a solução do conflito a qualquer custo, tem como fio condutor transformar um contexto adversarial em colaborativo. Isto seguindo alguns princípios básicos que a norteiam enquanto instituto e processo.

Como já analisado no Capítulo I, a mediação tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e a autonomia privada. Analisar-se-á, no

presente momento, cada princípio específico: voluntariedade, não adversariedade, informalidade, consensualismo, bem como aqueles voltados ao ofício do mediador (imparcialidade, credibilidade, competência, confidencialidade e diligência).

O princípio da voluntariedade é basilar na mediação. Isto porque, a prática deste instituto somente ocorre quando as partes encontram-se dispostas a resolver o conflito de modo não adversarial. Na mediação, os mediados devem buscar este acordo, isto é, não há decisão imposta. Assim, na hipótese de não existir predisposição das partes em acordar, a mediação torna-se inviável.

Mesmo nos países onde a mediação se faz obrigatória, essa obrigatoriedade limita-se à primeira sessão. Nela, os participantes podem optar por não realizá-la mais.

O princípio da não adversariedade engloba a mediação. No processo de mediação não há autor ou réu, nem mesmo perdedores e ganhadores. As partes buscam para si um acordo vantajoso, cujo raio de extensão atinge a todos os participantes.

No princípio autonomia da vontade das partes, encontra-se um dos principais autorizadores para mediação. Deve ser esta a premissa na qual o mediador baseará o processo. Tendo a mediação caráter voluntário, há, por consequência, a garantia às partes de administrar o processo, estabelecer procedimentos distintos e facultar às mesmas a possibilidade de decidir o conflito segundo seus próprios interesses com base no que consideram justo. Nada mais é que, segundo Adolfo Braga Neto (1999, p. 93), “a busca por si próprios de solução ou soluções para suas próprias controvérsias”.

Mister se faz a análise do princípio da boa-fé aplicado à mediação. Ante à realidade da adoção do referido princípio no ordenamento brasileiro, em especial pela menção no Código Civil, através da cláusula geral do art .427, a boa-fé regula as relações, inclusive no tocante ao contrato e ao procedimento da mediação.

Princípio pertinente à mediação é o da consensualismo e da informalidade. Isto porque a mediação visa o resgate da comunicação de forma pacífica. Todavia, não há um procedimento formal ou legal. As partes definem o curso do processo. O procedimento é flexível tanto na linguagem como nos procedimentos de modo que atenda às necessidades tanto do contexto quanto das

peças. No entanto, é necessário manter os padrões éticos e encontrar-se dentro do âmbito legal.

Há de se ressaltar ainda, que a mediação não apenas possibilita articular a autonomia, a igualdade e o contraditório, mas o faz de forma plena, a partir do prisma de desmistificação de preceitos utopicamente estabelecidos na norma positiva de direito.

Necessário, ainda, é verificar os princípios nos quais deve o mediador se pautar, sendo igualmente imprescindíveis ao processo de mediação. São estes a imparcialidade, credibilidade, competência, confidencialidade e diligência.

A imparcialidade é a condição fundamental do mediador. É defeso ao mediador possuir qualquer alteração de interesse e vinculação (aliança com qualquer das partes).

Não obstante este princípio fundamental, a ausência de vinculação torna-se árdua ao mediador, em razão de sua pré-compreensão e *background*. Muito se tem discutido sobre a pré-compreensão (STRECK, 2002) do juiz, que julga uma demanda, com fulcro não somente na lei, mas igualmente naquilo que traz dentro de si: valores morais, histórico, linhas filosóficas ou religiosas. De forma semelhante ocorre com o mediador. Sobre este tema, será analisado mais profundamente no item “o mediador e sua atividade”.

Já a credibilidade institui a independência, franqueza e coesão do mediador. Este visa sempre a manutenção da credibilidade de seu labor entre as partes. Em razão da voluntariedade do processo, a credibilidade do mediador é necessária e produz a confiabilidade e êxito no procedimento. A competência e diligência dizem respeito à efetiva capacidade para mediar a controvérsia existente e cuidado e prudência da regularidade, bem como a garantia do estrito cumprimento dos princípios fundamentais. Pressupõe o aceite do exercício da atividade mediadora quando amplamente qualificado para tal.

O princípio da confidencialidade versa sobre serem sigilosos e privilegiados os fatos, situações e propostas ocorridos durante a Mediação. Os participantes do processo sejam eles as partes, e mediadores, devem obrigatoriamente manter o sigilo sobre todo o conteúdo a ele referente. Inclusive lhes é defeso ser testemunha no processo, desde que não contrarie a ordem pública. Os fatos, as experiências compartilhadas, as possibilidades para a solução

do conflito e as escolhas que ocorrem durante a mediação são sigilosos e privilegiados.

4.6 OBJETIVOS

A mediação é instituto que busca a solução dos conflitos através de medidas práticas e viáveis. Encontra-se enquadrada no seio dos preceitos legais existentes e não busca ser um desvio de demanda da atividade jurisdicional. Tampouco, é analisada como um substituto do judiciário. Este é fundamental para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

De igual sorte, a mediação não é, nas palavras de Jairo Bisol (2001, p. 2):

[...] uma carta mágica a ser retirada da manga teórica sutil de algum prestigiador de ilusões conceituais, pronta para substituir o já falido sistema judicial. Não é, tampouco, a mais nova verdade posta na ordem do dia da reflexão jurídica, como produto acadêmico e acabado, devidamente embrulhado e etiquetado, anunciado em revistas especializadas – a imagem das ‘verdades científicas’ que a razão moderna usou para perseguir com seu modelo de racionalidade epistêmica, levado às últimas consequências na primeira metade deste século.

No momento em que se entende a mediação como criadora de comunicação entre as partes e ainda apresentando-as como responsáveis pela solução do conflito, percebe-se que a mediação ultrapassa a solução de conflitos: ela passa a preveni-los. O processo de mediação apresenta grande complexidade, sendo difícil delimitar seus objetivos principais. Através da atividade da mediação, podem ser percebidos mais evidentemente quatro objetivos: solução dos problemas (pela visão positiva de conflito e da participação ativa das partes via diálogo, configurando a responsabilidade pela solução), prevenção de conflitos, inclusão social (conscientização de direito e acesso à justiça) e pacificação.

A solução de conflitos é o objetivo mais claro da mediação. A solução se dá por meio do diálogo, no qual as partes interagem em busca de um acordo satisfatório para ambas as partes.

Nesse sentido ensina Maria de Nazareth Serpa (1999, p. 151):

todas as mediações têm como objetivo a liquidação das diferenças entre os participantes através de negociações. Em função da necessidade de se alcançar um acordo e porque o processo comporta muito mais engenhosidade e nuances do que é usualmente possível nos processos adversariais, a mediação aponta para uma resolução que de maneira mais concreta realize os interesses de ambas as partes.

Dentre as metas buscadas, entende Serpa (1999): redução dos obstáculos existentes entre os participantes; a consideração das necessidades de cada envolvido; maximização do uso de alternativas; preparação dos participantes para aceitar as conseqüências de suas próprias decisões.

Vale dizer que o processo de mediação não se confunde com o aconselhamento psicológico. Tânia Vanoni Polanczyk (2003, p. 1) apresenta quadro onde traz as diferenças entre a terapia, a justiça adversarial e a mediação:

JUDICIÁRIO	TERAPIA	MEDIAÇÃO
Exercida por um terceiro imparcial – juiz	Exercida por um terceiro imparcial – terapeuta	Exercida por um terceiro imparcial- mediador
Responsável Legítimo pela pacificação social e por dirimir conflitos	Terapeuta pode ser escolhido pelas partes.	Mediador pode ser escolhido livremente
Legitimidade advém do poder estatal	Detentor de saber psicoterápico.	Não tem outro poder se não a autoridade conferida pelas partes
Impõe soluções com base no ordenamento jurídico	Utiliza princípios técnico que são postulados pelo seu referencial teórico com o objetivo de promover mudança.	Busca: restabelecer a comunicação para a solução do conflito. Direciona as estratégias para organizar as trocas entre as partes a fim de que elas próprias construam a solução
Intervém como ente autônomo, externo, neutro e imparcial	Interage afetivamente com o indivíduo contendo e ressignificando para o indivíduo o conteúdo que lhe traz.	Auxiliam as partes a retomar o poder de gerir

A mediação não julga ou procura culpados – réus e autores -, mas sim, conforme discorre Juan Carlos Vezzulla, (1999, p. 114) antes,

analisa o passado para que fiquem esclarecidas as inter-relações e sejam trazidos à tona os desejos do presente e do futuro. Seja qual for o relacionamento entre parte (o contrato) o importante na mediação é estabelecer qual deveria ser o contrato (o relacionamento) atual entre elas, que as satisfaça plenamente, e não quem quebrou o contrato passado.

Há possibilidade, portanto, de se ter duas figuras: ganhador e ganhador. Este pensamento não é comum ao contexto atual, acostumado ao maniqueísmo e a reflexão linear. Neste sentido afirma Dora F. Schnitman (apud SALES, 2004, p. 29):

Nossa cultura privilegiou o paradigma ganhar-perder, que funciona como uma lógica determinista binária, nas qual a disjunção e a simplificação limitam as opções possíveis. A discussão e o litígio – como métodos para resolver diferenças – dão origem a disputas nas quais usualmente uma parte termina ganhadora e outra perdedora. Essa forma de colocar as diferenças empobrece o espectro de soluções possível, dificulta as relações entre as pessoas envolvidas e gera custos econômicos, afetivos e relacionais.

É preciso ainda destacar que a mediação pode ser vista como uma forma de prevenir os conflitos. Isto porque, insere no sistema daquelas partes a realidade e a possibilidade do acordo. A mediação, neste sentido, pode ser traduzida como aquela que minimiza os efeitos da escalada do conflito, em especial, nas demandas familiares e retoma a capacidade decisória das partes e a conseqüente responsabilização das mesmas.

4.7 APLICAÇÃO

A mediação pode ser aplicada em quase todas as áreas, sendo seu universo de atuação bastante vasto. De forma especial, nos Estados Unidos, dada a pragmática do pensamento norte-americano, segundo Maria de Nazareth Serpa, tem-se destaque para área civil e comercial, com ênfase na demanda contratual, nas questões trabalhistas, de família – inclusive, vale ressaltar que nos Estados Unidos tem-se a especialidade de mediação em divórcio -, conflitos de vizinhança e internacionais. Cada modalidade de conflito, envolve pensamento, técnicas e estratégias específicas. Analisar-se-á abaixo – de forma exemplificativa -, algumas possibilidades de aplicação da mediação de forma geral.

A mediação pode alcançar todas as questões patrimoniais na área cível. Nos conflitos decorrentes dos contratos – que podem ser de ordens diversas – requerem soluções negociais. Muitas vezes demandam do mediador conhecimentos específicos para a condução de acordo. Em países que já utilizam deste método, o mediador que irá atender o caso possui saber necessário e igualmente se especializam na área referida.

Cabe aplicação da mediação em questões de responsabilidade civil, condomínio, direitos autorais, entre outras muitas possibilidades. Especificamente no âmbito consumerista, Amélia Soares da Rocha (2003, p. 45) afirma:

a mediação, assim, pelo seu caráter de transformação efetiva, é instrumento implicitamente idealizado para a consecução de um mercado de consumo mais justo e equilibrado, ratificado por sua vertente educativa, bem como de maneira explícita ao se interligar a realização dos direitos dos consumidores com as formas alternativas de solução de conflitos.

No âmbito comercial e empresarial, aplica-se mediação em controvérsias entre sócios, dissoluções de sociedades, divergências entre clientes e fornecedores, questões organizacionais, *joint-ventures*, projetos de construções, franquias, *leasing*, *factoring*.

Nos conflitos trabalhistas, de forma geral é cabível a mediação. No Brasil, através da lei 9958/2000, institui-se a mediação nas comissões de conciliação

prévia. Esta determinação, todavia, não gerou uma mediação eficaz. Isto porque, os mediadores encontram-se despreparados e ainda não se desenvolveu a dinâmica mediadora.

No tocante a centros comunitários, aplica-se a questões diversas que envolvam a manutenção ou a melhoria da convivência. Nas comunidades em determinados países como Inglaterra e Estados, possuem, nos seus centros, mediadores especializados.

Politicamente, tanto no internacional ou nacional, consagra-se a mediação no que tange à articulação e negociação de interesses de convivência. Cabe sua aplicação no âmbito internacional, como soluções de conflitos vinculados ao MERCOSUL, e também questões vinculadas ao meio ambiente, na qual há o estabelecimento de diálogos entre órgãos públicos, comunitários e judiciais.

Como visto, a mediação é um método universal, que pode ser aplicado em quase todos os ramos do Direito com resultados significativos, os quais ampliam as possibilidades de pacificação.

4.7.1 Nos conflitos familiares

A esfera familiar pode ser amplamente beneficiada pela mediação. Diz-se, muitas vezes que a mediação e o direito de família são uma parceria necessária. Abrange a questão da parentalidade – guarda, visitas, alimentos e afeto (novo paradigma do direito de família contemporâneo) – e da conjugalidade - separação e divórcio e outras conflitos que decorrem da área da família.

Muito se tem afirmado sobre a possibilidade de aplicação da mediação nos conflitos familiares. Luís Alberto Warat (2001) defende que aplicação nos relacionamentos entre alunos, pais e escola, na resolução dos conflitos em nível de violência, vícios e mau comportamento.

4.7.2 Momento de aplicação

A mediação pode ser aplicada a qualquer tempo, desde que haja real interesse nas partes em realizá-la. Inclusive, após a formalização da lide no judiciário, a mediação poderá ser estabelecida.

Seu único limite e embaraço, entretanto, encontra-se no interesse de uma das partes em manter a litigiosidade na relação. A indisposição em solucionar o conflito pacificamente constitui o limite da mediação.

Este obstáculo pode ser observado nas sessões iniciais, nas entrevistas prévias e na pré-mediação. Durante este período inicial, o mediador informará o procedimento da mediação às partes e também a seus advogados, na hipótese caso já tenha se iniciado a disputa judicial, com fim a estabelecer o correto caminhar do processo de mediação.

Assim, conclui-se que a mediação é solução adequada a qualquer conflito. Pode ser aplicada em todo tempo, mesmo que já exista ação judicial; o único pressuposto é o interesse e disponibilidade das partes em realizá-la.

4.7.3 Benefícios da aplicação

A prática da mediação pode propiciar benefícios significativos. É possível perceber que primeiramente, a mediação renova a intenção conciliatória e relacional das partes. Com o procedimento, deixam-se ou minimizam-se conflitos que não seriam solucionados (inclusive em nível intrapessoal) ou levariam anos para serem apaziguados ou resolvidos. Embora não seja “passe de mágica”, a mediação pode buscar este retorno e gerar uma transformação social e instauração de uma cultura pacífica.

As partes envolvidas possuem controle do procedimento. Esta benesse trata do fato que as sessões, o acordo, o prazo e quantidade dos encontros correspondem diretamente ao interesse das partes. Inclusive, podem as partes suspender o procedimento. Deste modo, implementa-se o respeito e a dignidade dos mediandos, que retomam o domínio de suas próprias desavenças.

A informalidade do procedimento caracteriza a mediação e produz rapidez à solução do conflito. Tal informalidade, contudo, não pode ser entendida como falta de rigidez quanto aos princípios éticos, de independência, neutralidade, competência, discricção, diligências e imparcialidade, dentre outros, que são imprescindíveis à prática da mediação.

A economicidade se dá pelo fato do procedimento não possuir elevado custo. Há somente o pagamento dos honorários do mediador, o qual será proporcional ao número de sessões realizadas. Este aspecto credita ao mediador sua imparcialidade e independência, pois não possui qualquer vínculo ao resultado do acordo. No entanto, o pagamento deve ser fundamentado nos princípios da razoabilidade, dentro dos parâmetros legais.

Na Inglaterra, estudo publicado na revista *Lord Chancellor* em 2001, demonstra que um conflito trabalhado pela mediação é valorado em \$550.00 *pounds*, ao invés de \$1.656.00 *pounds* nos processos judiciais (média calculada pelo *Legal Aid Fund*). Já na França, o custo médio de uma mediação familiar situa-se ao redor de \$400 Euros para as duas partes, soma inferior a uma Perícia Social (Danièle Ganância, 2001, p. 13).

No Brasil, em mediação realizada na cidade de Londrina na organização não-governamental “Instituto para o cuidado da Família” em 2005, cobrou-se R\$ 40,00 por encontro. A mediação aplicada durou seis sessões, custando às partes R\$ 240,00, valor significativamente inferior a uma demanda judicial.

A não-adversariedade resulta como vantagem relevante. As partes não mais figuram como adversárias, através da mudança de paradigmas, cooperam conjuntamente, de modo a obter um acordo ou fim comum. Busca-se quebrar o jugo da idéia linear – ganhador x perdedor – para a percepção de que, mutuamente pode-se obter resultados mais adequados. Ademais, a não adversariedade resguarda e protege as partes do desgaste emocional do judiciário, em especial nas demandas de família com filhos.

Preciso se faz ressaltar ainda a privacidade e o sigilo, requisitos fundamentais à mediação. É imperioso aos participantes do processo, bem como ao mediador manterem o mais profundo sigilo quanto às sessões. Além disso, deve ser evitada a exposição dos conflitos à intervenção externa.

Corroborar à reflexão exposta Danièle Ganância (2001, p. 14), que discorre sobre algumas das benesses trazidas pela mediação aplicadas ao direito de família e analisadas pelo Conselho Europeu, em 1998:

A Recomendação do Conselho Europeu aos Estados Membros a respeito da Mediação familiar (nº R98, adotado pelo Comitê dos ministros em 21 de janeiro de 1998): 'As pesquisas realizadas na Europa, na América do Norte, na Austrália e na Nova Zelândia sugerem que a Mediação Familiar é melhor adaptada que os mecanismos jurídicos mais rígidos na regulação dos problemas sensíveis e emocionais que envolvem os conflitos familiares, e ela oferece uma abordagem mais construtiva... A conclusão de acordos contribui de maneira determinante para a manutenção de relações de colaboração entre os pais que se divorciam: a mediação reduz os conflitos e favorece a persistência dos contatos entre os filhos e seus genitores. Reduzir os conflitos e melhorar a comunicação resulta em benefícios significativos que reduzem os custos sociais e psicológicos e se refletem em um maior bem-estar conquistado, na saúde física e mental, nos trabalhos e nos resultados escolares.

A mediação, quando aplicada corretamente, traz consigo benefícios e vantagens. Sua aplicação é positiva e acessível; conduz à reconstrução do indivíduo em conflito e fornece concretude ao princípio da dignidade.

4.8 O PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO

4.8.1 O mediador e sua atividade

O mediador é o profissional habilitado para a prática da mediação. Pode ser jurista ou não, dado ao caráter interdisciplinar do instituto e exerce a função de facilitador de comunicação. É um terceiro imparcial, escolhido pelas partes, que atua como instrumento do diálogo e da negociação. Auxilia a ampliação de opções das partes com o fito de prevenir e solucionar os conflitos.

O profissional da mediação intervém como auxiliar e não como um solucionador de conflitos, pois quem os efetivamente soluciona são as partes.

Conduz as partes no sentido de descobrirem quais seus verdadeiros interesses e necessidades. Também coopera para que os mediandos considerem os anseios do outro e analisem o problema sob novo prisma.

O mediador deve respeitar a decisão escolhida pelas partes, ainda que aquela não seja a mesma dele. Esta premissa exige esforço do mediador, pois a tendência humana é buscar sua concepção própria, em razão de sua pré-compreensão. O mediador assume somente a atribuição concedida pelas partes, a qual seja: ser o facilitador da comunicação, que as orienta até um entendimento.

Isto significa que o mediador facilita às partes a obtenção sua própria decisão. Ao profissional da mediação somente conduzi-los a este resgate através da facilitação da comunicação e de estratégias e técnicas apropriadas. O mediador não se confunde com o árbitro ou conciliador.

O árbitro decide com sentença e o conciliador sugere e interfere; o mediador faz com que as partes atinjam um denominador comum através do retorno do relacionamento. Neutraliza as emoções das partes, recolhe informações, necessidades e interesse, bem como auxilia a formulações de opções. Administra o processo e é responsável pela sua manutenção.

De modo geral, aqueles que se submetem à mediação, a princípio encontram-se sob a égide do paradigma do paternalismo e adversariedade. Muitas vezes, tendem a perceber o mediador como juiz e buscam fazer alianças com o mesmo. Isto porque ainda vislumbram que o mediador é aquele que decidirá a demanda. Frequentemente, as partes tentam convencê-lo de que estão corretas e o outro errado.

Diante desta situação, é preciso posicionamento consistente do mediador, que deve buscar evidenciar que: a) Seu comprometimento é com o acordo e não com as partes; b) Encontra-se equilibrado entre os disputantes; c) Controla o processo enquanto as partes o decidem; d) Não aceita a definição unilateral do conflito; e) Auxilia-os a desenvolverem opções para o conflito; f) Impede a existência de segredos.

É dever do mediador garantir a oportunidade das partes compreenderem e avaliarem as implicações do procedimento da mediação e de cada item negociado. Deve ainda esclarecer quanto aos honorários, custas e formas de pagamento (este tópico é sugerido ser explicitado na primeira sessão). É imperioso abster-se de prever resultados e realizar promessas.

Importa ao mediador informar às partes sobre existência do sigilo das sessões e zelar pela qualidade do processo quanto a esta questão. Cabe ainda comunicar às partes a possibilidade de sessões em apartado. Nesta modalidade de sessão, os envolvidos possuirão oportunidades equivalentes - o mediador deve assegurar o equilíbrio de poder.

Parte da doutrina entende que o mediador sugerirá quando necessário, a escolha de profissionais especializados, tais como terapeutas e advogados. Entende esta corrente que a revisão legal do contrato seja feita por outrem que não o mediador, com fito de não demonstrar ser profissional contratado por uma das partes. Por fim, percebe que defeso se faz ao mediador, ao exercer a mediação, prestar serviços de sua área. V. g., um advogado que se encontra praticando a mediação de um casal decidido separar-se, não pode efetivar a separação judicialmente. Para tanto, deve ser procurado outro profissional do direito. Todavia, este não entendimento não resta pacífico: há a corrente teórica que compreende a possibilidade do mediador atuar, como profissional, dentro do mesmo caso.

O procedimento findará quando o conflito for resolvido, ante à desistências das partes, face à qualquer impedimento ético ou diante de prejuízo de uma das partes. Cabe ressaltar que, se solicitado, deverá fornecer por escrito as conclusões da mediação.

4.8.2 Técnicas da mediação e do mediador

À mediação estão reservadas estratégias e técnicas peculiares. Para tanto, a observação dos encontros, especialmente dos primeiros se faz necessária. John M. Haynes e Marilene Marodin (1996, p. 14) lecionam sobre estes primeiros encontros entre os participantes. De forma pragmática, apontam que cada uma das partes possui sua própria versão do conflito, a qual se divide em três partes.

A primeira refere-se à versão específica dos fatos. A parte busca demonstrar ao mediador sua justificativa e posição como aquele que recebe injustiça. A segunda versão visa condenar o outro pelo conflito. Já a terceira traz a definição do problema. Estes três elementos representam a definição do problema

de cada parte, que provavelmente são distintas entre si, pois cada qual percebe o conflito de forma diversa.

A incapacidade para acordar sobre o conteúdo do conflito, faz com que o papel do mediador nos primeiros estágios seja obter a concordância a respeito do problema a ser resolvido. Por conta disso, o mediador deve auxiliá-las a estabelecer uma definição neutra e clara de qual é o conflito, descartar as definições individuais e adotar visões mútuas e comuns. A partir deste ponto, pode-se iniciar o trabalho de resolução.

Esta transformação pode ser realizada a partir do lançamento de dúvidas quanto à validade das afirmações das partes sem, contudo, desafiá-las. Para tanto, é fundamental a utilização de técnicas específicas. Existem, nas ciências das composições extrajudiciais inúmeras técnicas e estratégias. Serão apresentadas algumas das quais percebe-se serem mais adequadas.

4.8.2.1 Haynes e Marodin

Primeiramente, Haynes e Marodin apresentam os seguintes passos para a mediação com sucesso: 1) normalização, 2) mutualização, 3) foco no futuro, 4) resumo e 5) formulação de hipótese. Analisar-se-á cada uma das técnicas apresentadas por estes autores.

Ao tempo em que as partes chegam à etapa de litígio, comumente, trazem consigo a idéia de que seu conflito é anormal, único e insolúvel. Tentam convencer o mediador de que sua história é ímpar e que a solução dada por ela torna-se a única cabível. No entanto, o mediador – sem buscar desvalorizar as partes e seu sentimento - deve convencê-las que seus conflitos são comuns, habituais e solúveis.

Assim, por a parte entender como singular seu conflito, esta fornece ao mediador a única solução (ao seu olhar) que dirimiria o problema. Contudo, na maioria das vezes, tal solução reputa-se oposta à dada pela outra parte, que, semelhantemente, considera o “seu” problema de forma exclusiva.

Logo, importa ao mediador eliminar as singularidades do conflito e normalizar a situação. Assim, com a normalização do problema, a situação vivida se torna comum, e por conseqüência passível de solução nos limites da normalidade.

É necessário, todavia, perceber se, verdadeiramente, o conflito é complexo e singular. Ensinam John Haynes e Marilene Marodin (1996, p. 19) “nos casos em que os participantes têm um problema anormal, o mediador não tenta convencê-los do contrário. Fazê-lo é desrespeitoso para com os clientes e degenera a credibilidade do mediador”.

Da mesma forma que as partes tendem a enxergar seu conflito sob ótica singular, tendem também a enquadrar o conflito de modo a responsabilizar o outro pelo litígio e se eximindo de toda culpa.

A primeira análise do problema sob a ótica da parte resulta sempre no lançamento da culpa sobre o outro. Cabe ao mediador, nesta hipótese, auxiliar os mediados a deixarem suas definições individuais e a vislumbrarem uma idéia mútua, redefinindo o conflito. Tomam-se as palavras de John Haynes e Marilene Marodin (1996, p. 20), para exemplificar tal situação:

Em caso de custódia de filho, o pai pode queixar-se: ‘Mas os filhos precisam de seu pai.’ A mãe responde rapidamente: ‘Mas eles precisam de sua mãe mais ainda.’ O mediador intervém: ‘Eu presumo que eles precisam de ambos.’ Esta situação não contradiz o que cada um deles falou. Simplesmente coloca seu problema como sendo mútuo. As opções para resolver definições mútuas de problemas inclinam-se a ser soluções mútuas.

Quando as partes são levadas a ver suas posições iniciais sob a ótica da mutualização e da normalização, há uma redefinição destas posições. Pode-se, portanto, instrumentalizar o encontro de seus próprios e reais interesses.

Uma vez criadas dúvidas sobre qual o verdadeiro conflito - mutualizar e normalizar - devem as partes focar o futuro. As partes chegam ao mediador visualizando o passado. Sua disputa é sobre o passado. No entanto, este não deve ser o foco da mediação.

Claramente, quando as partes procuraram o mediador, há a indicação de que existe um insucesso no passado e que este resulta nos conflitos atuais. Como já se viu, as partes almejam definir culpados e lançam tal

responsabilidade ao mediador. Entretanto, não cabe a este julgar os culpados pelo passado, mas sim, focar o futuro.

Os fatos pretéritos são imutáveis. Não se pode alterá-los. O mediador, portanto, não deve buscar encontrar réus e autores, tampouco perscrutar em demasia o passado das partes. Ao contrário, leva-as a chegarem a soluções reais. Vale salientar que se torna árduo queixar-se sobre algo que não se conhece, a saber, o futuro.

Quando o mediador transporta as partes para a normalização, mutualização, transformando seus enfoques do passado para o futuro, não há uma negação ou subestimação do que disseram. Ao contrário, o mediador resume os pontos-chaves da sessão, levando-os à solução do conflito.

O mediador move a sessão através do resumo, pois, após a discussão entre as partes, este seleciona o que realmente é válido ao conflito. Assim, faz com que as partes vislumbrem a situação real em que se encontram. O mediador ao fazer tal resumo, deve lembrar-se de que não é um magistrado ou um terapeuta. Ao contrário, é mister, nesta etapa, focalizar somente naquilo que auxiliará as partes a chegarem num senso comum.

Ao mediador importa reunir as informações úteis à mediação (sem pender ao lado jurídico ou terapêutico), e as resumir para o cliente. Isto para que se obtenham dados que formarão a linha de questionamento.

A denominada hipótese auxilia o profissional a manter o foco em sua relação profissional com o cliente, a escolher a linha adequada de questionamento e selecionar a questão específica mais útil dentro desta linha. Auxilia o mediador a mediar.

O mediador pode formular sua hipótese sobre três prismas: a) o problema a ser resolvido na negociação, b) os objetivos dos clientes e c) seu comportamento ao negociar (o profissional não é mais um advogado ou terapeuta, é um mediador). Exemplificar-se-á a formação da hipótese no caso abaixo.

Cristina e Anderson passaram por um processo de separação, e devido a conflitos gerados ao longo deste tempo, encontram-se com dificuldades quanto à guarda de seu filho Tiago. Cristina e Anderson possuem novos companheiros e ambos estão passando por crises financeiras.

Diante desta situação, o mediador deve selecionar qual o real problema das partes: se este se relaciona com o filho Tiago, se com os

companheiros ou se com a questão financeira. Assim, formularia hipóteses para descobrir onde se localiza o problema. Encontrado o motivo do litígio, este pode ser trabalhado pelo mediador.

4.8.2.2 Perguntas: lineares, circulares, estratégicas e reflexivas

Face ao novo paradigma proposto – a compreensão das relações pela teoria dos sistemas e a circularidade do pensamento – é preciso perceber a existências de perguntas dentro do procedimento da mediação que auxiliam a dinâmica da mediação. Estas são denominadas de perguntas circulares e reflexivas e diferem-se significativamente do questionamento linear-tradicional.

As questões lineares, conforme ensina Corinna Schabbel [2003] são investigativas: quem, onde, quando, porque. Possuem efeito conservador. Isto porque as pessoas tendem a não deixar o conflito. Devem ser utilizadas com cautela, em razão de conduzir o sistema ao engessamento.

As perguntas circulares, ao contrário, são exploratórias. Orientam o mediador para a situação. Buscam intenções tácitas e padrões de comunicação: o que você faz quando, quem mais pensa desta maneira. Tem como efeito serem liberadoras, por abrirem um novo espaço para a participação das partes. Incitam a preocupação pelo problema.

As estratégicas têm intenção corretiva e pedagógica: se... então. Muitas vezes uma atitude provocativa do mediador se faz preciso para mobilizar o sistema. Possui como efeito a possibilidade de circunscrever o conflito. É necessário cautela no sentido de não permitir manipulação.

As questões reflexivas possuem intenção facilitadora: suponha que [...], imagine que [...] Tem como efeito a autonomia e a possibilidade de tomada de decisões alternativas. Deve haver posição de criatividade pelo mediador.

4.8.2.3 Roger Fisher, Willian Ury e Bruce Patton

A Escola de Direito de Harvard desenvolveu técnicas significativas de negociação. Roger Fisher, Willian Ury e Bruce Patton, membros do Projeto de Negociação da *Harvard Law School*, publicaram em 1981 a obra “Como chegar ao sim – a negociação de acordos sem concessões” (1994, p. 56). Esta obra pode ser considerada como manual técnico de negociação, e pode ser aplicada aos mediadores, pois adota princípios nos quais os profissionais podem se pautar.

De forma pragmática – como é peculiar ao pensamento norte-americano – e com linguagem simplificada, apresentam critérios examinados em quatro etapas.

A) Separe as pessoas do problema

Os autores afirmam que o negociado, comumente, possui dois tipos de interesse: na substância e na relação. A relação tende a confundir-se com o problema.

Quando há a negociação da posição, o relacionamento e a substância entram em conflito. Deste modo é preciso separar a relação da substância e lidar diretamente com o problema pessoa.

Afirmam ainda, na linha de Luis Alberto Warat (2001), que é preciso colocar-se no lugar do outro. Importa não deduzir as intenções do outro a partir de seus próprios medos, tampouco culpá-lo por seu problema.

Diante disso, mister se faz discutir as percepções de cada um. Buscar oportunidades de agir de maneira contraditória às percepções do outro e dar a ele um interesse no resultado, certificando-se de que ele participa do processo.

De igual sorte, resta imprescindível que as propostas sejam compatíveis com o valor do outro. A comunicação é instrumento cogente nas negociações e mediações. Por isso é necessário reconhecer e compreender as emoções do outro, gerar a fala sobre a parte e não sobre a outra, e por fim, falar objetivamente de modo a ser compreendido. Cabe perceber que é imperioso enfrentar o problema e não as pessoas.

B) Concentre-se nos interesses, não nas posições.

Para chegar a uma solução sensata, mister se faz conciliar interesses e não posições, isto porque os interesses definem o problema. Afirmam

(FISHER; URY; PATTON, 1994, p. 59) que: “o problema básico de uma negociação não está nas posições conflitantes, mas sim no conflito entre as necessidades, desejos, interesses e temores de cada lado. [...] Posição é algo que você decidiu. Interesses são aquilo que faz com que você decidisse dessa forma”.

Os autores perceberam que mesmo ante a posições opostas, há interesses comuns e também interesses conflitantes e múltiplos. Para se identificar interesses é preciso entender a razão do conflito. Pensar na escolha do outro.

Os interesses mais relevantes e poderosos são as necessidades humanas básicas. Sugere-se que se faça uma lista sobre os interesses. Reconhecer os interesses do outro como parte do problema. Colocar o problema antes de oferecer solução. Olhar para frente e não para trás. Comportar-se objetivamente, todavia de forma flexível. Ser rigoroso com o problema e afável com as pessoas.

C) Invente opções de ganhos mútuos.

É preciso separar as invenções do mediador, das decisões das partes. Ao mediador cabe conduzir as partes a ampliar das opções e procurar ganhos mútuos. Cabe ainda identificar interesses comuns e harmonizá-los.

D) Insista em critérios objetivos.

A mediação pressupõe critérios objetivos a fim de alcançar resultados significativos. Decidir com base na vontade é oneroso. A negociação baseada em princípios produz acordos sensatos, amistosos e eficientes.

A reprodução do método e das suas etapas de evolução, baseada em princípios como os praticados pelos mediadores acima referidos, demonstra que a solução privada dos conflitos de interesses já alcançou técnicas capazes de resultados positivos para as partes em conflito.

4.8.3. Formação técnico-profissional

A formação do mediador deve conter aspectos pontuais. O mediador, a princípio, não requer seja jurista; pode ter formação acadêmica em área diversa. Todavia, segundo Juan Carlos Vezzulla (1999, p 118) alguns aspectos são imprescindíveis. É preciso que o mediador possua:

1. A negociação cooperativa: o mediador precisa conhecer sobre as técnicas de negociação e ser didático neste ponto junto às partes. A Escola de Harvard ensina sobre este tema com propriedade.
2. Comunicação: a chave da mediação encontra-se na restauração do diálogo e do relacionamento. Inicialmente tem-se a comunicação oral (não obstante, inclui-se a metacomunicação). O mediador deve possuir bom conhecimento de lingüística e semiótica, para que compreenda os mediados e facilite a comunicação entre os mesmos. Ressalta-se que o estudo das comunicações, se dá de forma contributiva pelas Escolas Sistêmica, e os cinco axiomas da comunicação, tema que foi anteriormente analisado.
3. Aspectos psicológicos da personalidade humana: o objeto da mediação é o ser humano, sendo deste imprescindível seu estudo. Várias escolas se destinam a tanto, a saber, a psicanálise freudiana e suas atualizações lacanianas às escolas sistêmicas, como já citadas acima, fornecem ao mediador um amplo conhecimento do ser humano.
4. Teoria das decisões: deve o mediador conhecer técnicas de gestão de conflitos, a fim de analisar as alternativas disponíveis, bem como auxiliar a resolução do conflito.
5. Conhecimento jurídico: deve o mediador ter conhecimento jurídico das normas que regem a matéria mediada e do contexto normativo que incide sobre o conflito.
6. Aspectos sociológicos: o mediador deve possuir conhecimentos sociológicos, com fito de conhecer a realidade de seus mediados. Isto porque é preciso conhecer a realidade sócio-econômica das partes para que se tenha uma completa compreensão dos conflitos vividos e conseqüentemente, uma mediação bem-sucedida.
7. Técnicas de investigação e resumo: Como já visto anteriormente deve o mediador buscar o real conflito, sem autores e réus, com fito de auxiliar as partes a encontrarem seus interesses verdadeiros. Deve ainda, resumir os tópicos mais importantes levando as partes a vislumbrarem o conflito sobre novo prisma.

4.8.4 Fases da mediação

A mediação exprime-se por meio da condução das negociações de outras pessoas. O mediador é aquele que administra as negociações. Organiza, conduz e dá diretrizes às partes para que cheguem à solução do conflito.

Nota-se que na medida em que o processo se torna claro e coerente, torna-se mais tangível às partes alcançarem as soluções adequadas e aceitáveis.

Segundo a classificação dada por John Haynes e M. Marodin (1996, p. 20), pode-se verificar a existência de alguns estágios da mediação, a saber: identificação do problema, escolha do método, seleção do mediador, definição do problema, desenvolvimento de opções, redefinição de posições, barganha e redigir o acordo.

Primeiramente, deve haver a identificação do problema. As negociações e mediação somente ocorrerão quando ambas as partes decidirem, concordarem e reconhecerem a necessidade de solução de um conflito existente, e assim se comprometerem a participar do processo.

Ao inexistir este entendimento por uma das partes, não há como realizar o processo de mediação. Torna-se necessário uma demanda judicial.

Logo após, deve haver a seleção do mediador. A seleção do mediador adequado pode ser baseada: a) no conhecimento do processo por parte dos clientes, b) na reputação do mediador e c) no encaminhamento de casos por outros profissionais.

O próximo passo a ser tomado é reunião de dados. Deve o mediador iniciar o processo a partir da coleta de dados sobre a natureza da disputa, e fazer com que as partes revelem todo o necessário para a efetiva solução do problema.

Na medida em que toma conhecimento dos fatos, o mediador os confere à parte que tem menor conhecimento do conflito. Deste modo, garante que todos os participantes utilizem as mesmas informações para definir o conflito. A reunião de dados aprimora a capacidade de cada participante fazer as opções que lhe são mais benéficas.

Esta reunião é de cunho relevante no trato do divórcio. Isto porque, para a adequada fixação da pensão alimentícia e partilha dos bens, faz-se

necessário o conhecimento total dos fatos, sem que qualquer das partes omita dados.

Ainda resta definir o conflito. Com as informações suficientes, o mediador auxiliará as partes a definirem-no. Comum é a situação em que os mediados minimizem suas responsabilidades no conflito e imponham o ônus da mudança a outros.

No entanto, o mediador não deve focalizar a discussão na resolução do problema definido unilateralmente. Ao contrário, deve voltá-lo a uma definição mútua, cuja solução não beneficie um em pretensão de outro.

Definido o conflito, o mediador auxilia as partes a produzir opções para resolvê-lo, a partir da ótica da mutualidade, não mais da unilateralidade. Esta prática pode ser feita através do método conhecido como *brainstorming* (tempestade de idéias). O objetivo desta técnica é conduzir as partes a gerarem “idéias” e soluções, sem avaliá-las em um primeiro momento.

Uma vez listado, deve o mediador auxiliá-los a classificar tais opções em possíveis, improváveis e impossíveis, e pode assim, haver uma pré-seleção. Após, explora-se as conseqüências de cada uma, seus custos e benefícios. Se o *Brainstorming* não atingir seu fim, qual seja, produzir opções, é possível ao mediador sugeri-la a partir de casos similares.

Diante disso, busca-se assim, redefinir posições. Ao entrarem no processo de mediação, tendem as partes a assumir posições que não condizem com a realidade do conflito. Isto porque, negociam a partir de posições emocionais ao invés de interesses, o que freqüentemente resulta em um impasse.

Ao mediador importa guiar os conflitantes a negociarem com base em seus próprios interesses. O profissional deve conduzir as partes a ignorar as posições introduzidas no início da sessão. Dessarte, ensinar aos mediados a utilizarem do processo racional de resolução de problemas para identificar seus verdadeiros e próprios interesses, formar as bases das negociações subseqüentes.

A partir do momento em que há a redefinição das posições, isto é, que representa o real interesse das partes, os mediados poderão enfim, selecionar quais soluções sejam mais benéficas a seu conflito. Assim, encaminha-se à fase de transação do processo de negociação.

Após a realização das etapas supra citadas, as partes deverão negociar sobre a escolha de soluções para que o acordo seja aceitável por todos os

envolvidos. Neste estágio, as posições são efetivamente modificadas e opções definidas.

Os mediados somente podem transacionar quando dispuserem: a) de todos os fatos do conflito, b) de definição adequadamente mútua do problema, e c) de opções para a resolução do problema.

Por fim, com o término de todas as fases, ter-se-á acordo, se necessário, – termo de entendimento - redigido pelo mediador, o qual fornecerá uma cópia por cada participante.

Este termo deverá conter os dados passados, a definição do problema, as opções escolhidas juntamente com a razão para tanto, e ainda o objetivo do acordo. O acordo poderá ser homologado judicialmente a fim de evitar qualquer conflito posterior. Para este mister, um advogado deve ser contratado.

4.8.5 Ciclos do procedimento

A mediação é composta pelos estágios já explicitados nos tópicos anteriores, porém, estes fazem parte do processo global. Dentro deste processo, se necessário, tem-se a formação de um ciclo, onde haverá a resolução de conflitos de forma mais específica.

O ciclo da mediação contém as fases principais do processo global, sendo elas a definição do problema, desenvolvimento de opções, definição das posições e transação para a realização de acordos mútuos, e pode ser repetido diversas vezes dentro do mesmo caso.

Tem-se como exemplo, o processo de divórcio, onde se utiliza o ciclo para tratar de assuntos referentes à partilha dos bens, aspectos econômicos, parentalidade, entre outros.

Em todas as fases do processo, o mediador deve assumir, como facilitador de comunicação, sua postura de auxiliar e nunca de magistrado. Deve levar as partes por si próprias a dirimirem seus próprios conflitos e não impor decisões.

4.9 A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA DA MEDIAÇÃO

4.9.1 Nos Estados Unidos

A revalorização da mediação norte-americana teve por idealizador o antropólogo Danzig, na década de 60. Em 1969, a Fundação Ford fundou o Instituto de mediação e resolução de conflitos para mediar disputas comunitárias. Historicamente, afirma Águida Arruda Barbosa (2003, p. 41),

Sob influência cultural da significativa população chinesa, que imigrou para os Estados Unidos, os norte-americanos implantaram a prática milenar da mediação. Assim, a Mediação foi tema de estudos junto à Harvard Law School, concluindo por uma fundamentação teórica que a conceitua como um modo de resolução de conflitos, já que objetiva o acordo entre as partes, sem qualquer preocupação com as causas subjacentes ao impasse.

Durante a década de 70, houve um forte movimento de disseminação tendente ao “aperfeiçoamento do acesso à justiça”, como resposta à explosão do contencioso em massa, marcando o início de uma tendência mundial de criação de “circuitos derivados” como instâncias de conciliação para o trato de pequenas causas. Essa iniciativa dirige-se principalmente à proteção do consumidor e às relações locatícias.

Edwards P Davis (2001, p. 23), advogado e mediador na Califórnia, em palestra proferida no Supremo Tribunal de Justiça em Brasília, corrobora com esta assertiva e assegura que nos anos 70 e 80 houve um surto de processos judiciais.

Por conta disso:

os casos levavam mais de cinco anos para serem resolvidos na Corte judicial, em primeira instância. Além disso, os juízes, litigantes estavam ficando cada vez mais frustrados com a demora na resolução de suas disputas. Conseqüentemente a confiança no sistema judicial começou a perecer. A resposta mais rápida para este problema foi: ‘vamos ter de construir mais salas de audiências e contratar mais juízes. (...). O congresso vetou isso. Disseram:

‘Cortes, cabe a vocês resolver seus problemas, porque não vamos dar-lhes mais dinheiro para construir novas salas e contratar mais juízes’. Portanto, nos Estados Unidos, no que diz respeito à resolução, a reforma foi desenvolvida inicialmente pelos próprios juízes e advogados.

A mediação, portanto, atendia o propósito mais imediato, o de desafogar o judiciário, tomado por uma quantidade inimaginável de litígios, a maioria de pequeno valor, não justificando o alto custo acarretado ao Estado.

Águida A. Barbosa (1999, p. 5) assevera que “essas primeiras tentativas são traduzidas como ‘justiça de segunda classe’ ou uma nova forma de ‘controle social’, aos poucos, desenvolvem-se experiências de mediação em todos os campos das relações humanas, principalmente a mediação familiar¹⁵, que, sobretudo no divórcio, encontra um campo propício.”

Os resultados obtidos com a mediação, legitimaram todavia o desenvolvimento de uma nova mentalidade no trato dos conflitos humanos. Neste sentido, interessante perceber que a posição do doutrinador norte-americano John W. Cooley (2001, p. 24), que narra como são utilizadas de forma comum as ADR:

Na última década do século XX, a profissão jurídica passou por grandes mudanças. Entre elas, não é de pouco significado o interesse crescente entre os advogados no uso de alternativas ao litígio tradicional em tribunais para resolver as disputas de seus clientes de maneira mais eficiente e econômica, com menos risco e melhores resultados. Na época de Samuel Johnson não existiam quaisquer alternativas ao processo judicial. Os advogados levavam seus casos aos tribunais e sujeitavam-se a um trabalho árduo ‘autotorturante’ aparentemente interminável, com potencialidade, na pior das hipóteses, da asfixia dupla. Felizmente, para os advogados de hoje em dia, há alternativas. Podemos aprender e aplicar métodos novos e inovadores para resolver disputas quando o processo judicial não parece proporcionar a melhor alternativa processual para satisfazer às necessidades e aos interesses emocionais, econômicos e psicológicos de nossos clientes.

A mediação norte-americana ocorre em quatro modalidades: estatutária, contratual, voluntária e por determinação judicial. A primeira delas refere-se à aplicação em razão de lei: são pouco comuns e atingem algumas situações de direito de família e trabalho. A mediação contratual ocorrer quando os

¹⁵ O termo mediação familiar foi desenvolvido por D.J.Coogler, advogado de Atlanta que, em 1.974, inaugura um escritório de prática privada de mediação familiar, vindo a publicar a teoria da experiência em 1.978, sob o título de Structured Mediation in Divorce Settlement. A iniciativa é tão aplaudida que, em 1.982, já havia mediadores familiares em 44 estados americanos.

litigantes, geralmente na esfera empresarial, reúnem-se e chegam a um acordo sobre um contrato para resolver seu conflito. A voluntária trata da procura pelas partes de um mediador ao invés do sistema judiciário.

A forma de mediação mais relevante e eficiente nos Estados Unidos decorre da determinação judicial. Pode se dar no início do processo – primeiros 90 dias - denominado avaliação inicial neutra, com mediadores nomeados ou privados. Há ainda as chamadas conferências de conciliação, que se dá quando o juiz conduz a mediação.

Por fim, vale salientar os resultados obtidos pela mediação nos Estados Unidos. Edward P. Davis (2001, p. 25) assevera que “no norte da Califórnia, na Corte Federal, onde trabalho a maior parte das vezes, noventa por cento dos casos são resolvidos antes do julgamento. A maioria deles por meio de algum tipo de mediação.”

Aduz ainda que no sul da Califórnia, as estatísticas são de noventa e cinco por cento das demandas são solucionados pela mediação antes do julgamento. Afirma, por fim, que no norte da Califórnia havia um atraso de cinco anos antes da institucionalização destes gerenciamentos dos casos e ADRs obrigatórias. Hoje o prazo de solução de um processo judicial naquela localidade é de sete meses.

4.9.2 Grã-Bretanha

A mediação na Grã-Bretanha encontra-se associado à questão familiar. Havia, por parte de movimentos comunitários, a busca por promover auxílio a famílias em processo de divórcio.

Em 1.977 Gwynn Davis (1989, p. 77), pesquisador em ciências sociais da Faculdade de Direito da Universidade de Bristol criou o primeiro serviço de conciliação familiar judicial, junto ao Tribunal, com o objetivo de atuar antes das medidas judiciais que poderiam vir a ser promovidas. Caracteriza-se pela especialidade dirigida aos conflitos que envolvem crianças.

O objetivo daquela conciliação não estava definido. A única certeza era de que se tratava de uma ousada experiência, com o propósito de satisfazer a

demanda de um atendimento mais especializado nos conflitos de família. Porém, não havia, ainda, a percepção das profundas diferenças entre conciliação e o que, mais tarde, viria a ser conceituada como mediação. Embora com êxito, o trabalho, assim, não teve seguimento.

A experiência pioneira de conciliação familiar, marcada pela gratuidade e obrigatoriedade, paralelamente, deu suporte ao desenvolvimento de outra iniciativa. Em 1978 nasceu o primeiro serviço de mediação da Inglaterra, em Bristol, concebido pela assistente social Lisa Parkinson. Este foi selado pelo caráter privado e remunerado: firmou-se, deste modo, o reconhecimento da atividade especializada da mediação.

Em 1988, a difusão da mediação familiar britânica culminou com a criação da “Family Mediators Association” – FMA, que retomou um projeto experimental lançado em Londres, em 1986. A mediação engloba todas as questões do divórcio: da guarda ao patrimônio. São realizadas sessões em co-mediação com advogado, em aproximadamente cinco encontros.

4.9.3 Na França

A mediação desenvolveu-se na França na década de oitenta por pensadores que receberam o modelo advindo do Canadá. Jacqueline Mourret, Annie Babus, Jean-Pierre Bonafe-Schmitt, Benoît Bastard deram início ao modelo francês da mediação.

Em linhas gerais, a mediação já havia sido – de forma primária - institucionalizada pela Lei 73-6 de 03 de janeiro de 1973, que desenvolveu a figura do Mediador da República, que intervém nos conflitos de direito público. De igual sorte, o decreto 78-381 de 20 de março de 1978, deu origem aos conciliadores que buscavam solucionar pacificamente os conflitos de direito privado.

Em 1993 a lei 93-2 consagrou a prática mediadora. Estabeleceu que: “O procurador da República pode, antes da decisão sobre ação pública e com o consentimento das partes, decidir recorrer a uma mediação”.

Já no ano de 1995, a mediação foi institucionalizada no Código de Processo Civil - no Título II, 1º parte, “A Conciliação e a Mediação Judiciária”, pela

lei 95-125/95. Lilia Maia de Moraes Sales (2004, p. 117) neste sentido afirma: “essa lei determinou que o juiz pode depois de ter obtido o acordo das partes para realizar a mediação ou a conciliação, designar uma terceira pessoa que preencha as condições fixadas pelo decreto do conselho de estado para proceder: sejam as tentativas de conciliação prescritas pela lei, seja uma mediação.”

O conceito de mediação familiar na França tem origem na École des Parents, e no Conseil Conjugal et Familial, instituições genuinamente francesas, sem correspondência institucional no Brasil. Na França, a mediação consolidou-se com a obra de Jean-François Six, autor da “Dinâmica da mediação” e de Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, autor do artigo histórico “A Mediação: uma justiça doce”. A partir de então, formou-se um pensamento norteador da mediação na França, sistematizado em construção teórica.

Na esteira filosófico-comportamental da União Européia percebe-se que, atualmente, não há mais um modelo francês: há o europeu. Este agrega o modelo francês e o concebido na Grã-Bretanha por iniciativa de Lisa Parkinson.

4.9.4 Na Argentina

Na Argentina, a iniciativa do movimento em busca da institucionalização da mediação de conflitos adveio do Poder Judiciário, quando o ministro da Justiça Leon Carlos Arslanian procurou implementar um programa Nacional de Mediação. Para isso formou-se uma comissão de juízes de primeiro e segundo grau e advogadas incumbidos da elaboração de uma lei de mediação de modo a difundir o instituto.

Em 1993, passou a funcionar o Centro de Mediação do Ministério da Justiça, onde foi iniciada a experiência de mediação junto aos juizados cíveis. Em 1995, a lei 24.573 buscou descongestionar o judiciário e estabeleceu a mediação obrigatória às ações judiciais.

Todavia, esta obrigatoriedade não se aplica às ações de separação judicial ou divórcio, nulidade de casamento, adoção, com exceção das questões patrimoniais, processos de declaração de incapacidade, causas em que o Estado seja parte; medidas cautelares; dentre outros.

4.9.5 No Canadá

O início da mediação canadense se deu em 1.980, inicialmente pelo setor público. Tinha natureza gratuita, não obrigatória, global e fechada - os juiz e os advogados não tinham acesso às sessões de mediação.

Em abril de 1984 foi criado o primeiro serviço de mediação familiar de Montreal e este se tornou privado e de caráter interdisciplinar. Em setembro de 1997, houve promulgação de lei que estabeleceu que aqueles envolvidos (cônjuges e filhos) num conflito familiar poderão ter acesso a uma sessão de divulgação da mediação e a cinco sessões de instância de mediação gratuitamente. Busca-se, assim, divulgar e informar aqueles que necessitam, de uma nova possibilidade de solução.

Marie-Claire Belleau e Aldo Moroni (2004) esclareceram que a prática da primeira sessão da mediação é obrigatória, com caráter informativo. Este primeiro encontro com a mediação pode ser realizado de modo individual ou em grupo, de acordo com a escolha do casal. Quando os cônjuges ou companheiros optam por participações individuais e, simultaneamente, escolhem grupos diferentes, cada qual pode se inscrever no serviço de mediação de sua preferência, exclusivamente para a sessão de informação, com outro critério para as sessões sucessivas.

Vale ressaltar ainda a questão da remuneração dos mediadores canadenses. Aceita a instância de mediação pelas partes, as cinco sessões serão pagas diretamente pelo Estado aos mediadores credenciados e, caso seja ultrapassado este número de sessões, a remuneração será paga pelos mediandos diretamente ao mediador. Interessante ressaltar, conforme Águida Arruda Barbosa (2002, p. 38) que:

Dada a característica do Canadá, de ter dois idiomas oficiais – inglês e francês - o povo canadense absorveu a cultura da estrutura de pensamento proveniente dos ingleses, dos norte-americanos e dos franceses. Assim, a mediação no Canadá foi forjada no pragmatismo dos vizinhos dos Estados Unidos e da filosofia dos ingleses e franceses, dando origem a um modelo peculiar, harmonizando os recursos naturais advindos das diversas culturas, exaltando as diferenças. Uma verdadeira mediação de culturas.

Em linhas gerais, a mediação canadense pode ser tida como modelo de aplicação e desenvolvimento. Especificamente no viés familiar, concentra o uso de práticas contemporâneas como a guarda compartilhada, a co-parentalidade, dentre outras.

O Instituto de Direito de Família no Brasil (2004, p. 2) - IBDFAM - integra um importante projeto em prol da divulgação da mediação familiar, o qual aborda as experiências já realizadas no Canadá. O projeto é composto de três fases: um documentário, a edição de um livro e a implantação da formação de mediadores familiares.

A primeira fase do projeto, com duração prevista para seis meses, já teve início no Canadá, em Montreal, em setembro deste ano. Estão sendo filmados alguns casais em separação, com o acompanhamento integral do procedimento por dois mediadores brasileiros, visando à produção de um documentário que espelhe, o mais próximo possível, a prática da mediação.

Os recursos financeiros para esta fase do projeto advêm da CIDA - Canadian International Development Agency (CIDA), por intermédio do Consulado do Canadá, oriundos de um fundo de apoio a reformas do setor público e social de países com o perfil do Brasil. Para as demais fases do projeto estão sendo captados recursos com os incentivos da Lei Rouanet.

Na segunda fase, será editado livro, que conterà relatório nacional do desenvolvimento da mediação familiar no Brasil, a ser elaborado com a participação de todos os Estados da federação com representação do IBDFAM. Conterà, também, o relatório das observações colhidas durante as filmagens no Canadá, assim como das entrevistas realizadas naquele País, com mediadores e profissionais que trabalham com conflitos familiares.

A terceira fase do projeto versará a formação de mediadores familiares, com embasamento teórico criteriosamente construído durante o desenvolvimento das fases precedentes. A metodologia a ser adotada será fruto da observação e da reflexão advinda da elaboração dos relatórios já mencionados, para corresponder à efetiva demanda da mediação familiar.

4.10 O CONTRATO DE MEDIAÇÃO

Assume a mediação a natureza contratual, em virtude de “serem duas ou mais vontades orientadas para um fim comum de produzir conseqüências jurídicas, extinguindo ou criando direitos”, conforme ensina Adolfo Braga Neto (1999, p. 93). Esta natureza encontra-se fundamentada e embasada nos princípios da boa-fé, que impõe a todos o dever de agir com lealdade, autonomia da vontade e igualdade das partes.

Tarcísio Battú Wichrowski (2002, p. 29), com propriedade afirma que: “trata-se de um modelo jurídico que tem sua fonte na autonomia privada, na autonomia da vontade e no poder de disposição dos indivíduos.”

Antonio Carvalho Neto (1956, p. 17) referiu-se à mediação imobiliária, como “a harmonia de interesses dirigida para um fim comum, com o objetivo de criar, modificar ou extinguir um vínculo”. Na esteira deste entendimento, pode-se compreender no âmbito global da mediação, seu caráter consensual, uma vez que brota do consenso das partes, que por si mesmas, ressalvada a ajuda do mediador, encontram a solução para seu conflito.

Pode-se classificá-la como um contrato bilateral, pois cria obrigações para ambas as partes e essas são recíprocas. A vontade das partes é plenamente estabelecida. Não são impostas aos mediados decisões que dos mesmos não tenham advindo.

Entende-se também que se trata de contrato oneroso. Isto se dá, pois, ambas as partes auferem benefícios e sacrifícios, sendo estes repartidos mutuamente.

Figura-se como não formal, visto que na mediação há regras flexíveis sobre o processo e o contrato. Não se exige formas ou solenidades, sempre havendo o respeito ao acordo de interesse das partes. Sua eficácia decorre do consensualismo.

Por fim, tem-se como contrato inominado e principal. Isto porque além de possibilitar meio para que relações rompidas se refaçam, possui o fito de solucionar o conflito e pacificar as partes.

4.11 A MEDIAÇÃO E O DIREITO POSITIVO

4.11.1 O panorama axiológico constitucional – fortalecimento da democracia pela mediação

É preciso, dentro do contexto normativo brasileiro, buscar a adequação da mediação ao Texto Constitucional. Em linhas gerais, pode-se afirmar que aplicação da mediação encontra-se autorizada pela Constituição de 1988. E vai além: a democracia é fortalecida pela mediação, pois o poder decisório – concretamente – advém das partes. Serão estas, portanto, as assertivas analisadas neste momento.

Primeiramente, há que resgatar o proposto no Preâmbulo da Constituição Federal:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir 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, promulgamos, sob a proteção de Deus a seguinte Constituição Federativa do Brasil.

É preciso se ater ao declarado neste preâmbulo: existe o compromisso com a solução pacífica das controvérsias. Inegável esta tendência constitucional, que conduziu o constituinte a estabelecer o texto sob estes fundamentos. Ademais, há o pacto com justiça e com o bem-estar do ser humano, o que demonstra, portanto, um interesse na mediação.

O art. 1º, III fundamenta a República Federativa do Brasil na dignidade da pessoa humana, conforme apresentado no Capítulo I desta dissertação. Ora, o instituto da mediação possui como escopo a valorização do ser humano e os elementos que envolvem sua individualidade: seus conflitos e

sentimentos. Há, portanto, a idéia de resgate da condição de pessoa e cumprimento real do referido art. 1º, III.

Ainda os incisos I e IV do artigo 3º, trazem os objetivos desta república, a saber: construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como promover o bem de todos independentemente de diferenças quaisquer.

No tocante ao valor da liberdade, cabe tecer breves considerações. Liberdade, nas palavras de José Afonso da Silva (1996, p. 236), “consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”. A Constituição, ao garantir o direito de liberdade, assegura o direito à busca da felicidade. Esta felicidade pode ser atingida, muitas vezes, somente quando o indivíduo coordenadamente compreende o objeto de sua vontade. Assim, no direito de liberdade tem-se o direito de reger-se a si mesmo. Buscar por si próprios soluções aos seus conflitos.

Ademais, inexistente impedimento constitucional para a utilização da mediação. Não há contrariedade ao direito de ação ou acesso à justiça. Isto porque, não há no ordenamento jurídico brasileiro a obrigatoriedade do indivíduo, diante de uma lesão de seus direitos, ingressar com demanda judicial. Tem-se, ao contrário, uma garantia de livre acesso ao judiciário, que pode ou não ser exercida.

O acordo obtido na mediação não possui caráter sentencial e as partes podem optar pelo judiciário a qualquer tempo. A mediação propõe-se a cooperar com o judiciário, no sentido de acrescentar maior dignidade à atividade jurisdicional e não substituí-lo.

Na órbita específica do Direito de Família, a Constituição Federal assegura o bem-estar, os interesses e direitos individuais de cada membro familiar (enquanto membro e indivíduo), e concede a estes direitos indisponíveis. Todos estes imersos no princípio da dignidade da pessoa humana.

Os conflitos, em especial os de família são de cunho subjetivo. Lida-se com questões emocionais. É necessário, por isso, tratar pessoas como pessoas. A mediação traz à baila um resgate desta dignidade. Visa restaurar a comunicação entre as partes, levando-as à obtenção de um melhor acordo.

Deste modo, em face de um conflito concreto, (v.g. uma ação de divórcio com filhos menores), o juiz pode com autorização constitucional – art. 1º, III, art. 3º, I, bem como nos arts. 227 e 229 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), sugerir às partes a mediação.

José Eduardo Elias Romão (2003, p. 264), em sua dissertação de mestrado prossegue na interpretação constitucional e afirma que para a Carta Magna, a utilização da mediação deixa de ser método “alternativo”, e passa a ser participante do processo de resolução de conflitos existentes no país. Isto porque, ao observar os princípios da participação, da pluralidade e da abertura interpretativa que fundam o sistema dos direitos a partir da Constituição e constituem tal procedimento, é inapropriado o tratamento de “método alternativo”.

E conclui o autor:

A denominação alternativo não se justifica nem mesmo na comparação usual entre métodos judiciais e métodos extrajudiciais de solução de conflitos. Pois, enquanto estes possibilitam uma participação efetiva dos interessados no processo de decisão sobre o problema e, assim, uma conexão “forte” entre direito e democracia, entre sujeito autônomo e sistema – tal como exige a Constituição vigente, o processo judicial reduz, dividindo as pessoas em partes, as possibilidades de comunicação e de integração pelo direito beligerante.

Em linhas gerais, pode-se asseverar que existem semelhanças e relações entre a mediação e a democracia.

A Constituição Federal definiu ser o Brasil um Estado Democrático de Direito. A democracia pode ser percebida como conceito que visa a solidariedade, dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade. Nela, o poder decisório emana do povo com fim ao próprio povo.

Em razão desta decisão (poder) proceder do povo para o povo, na democracia, o poder advém de uma única classe. Semelhantemente na mediação, as próprias partes decidem por si seu conflito. A decisão (poder decisório) surge da parte para parte. Ora, nada mais é que a aplicação explícita do princípio democrático na sociedade.

Ademais, a democracia busca obter uma sociedade justa, livre e solidária, bem como participativa (o povo envolvido no processo decisório) e pluralista (onde há a comunicação e o respeito às mais diversas opiniões e idéias, o que possibilita a convivência de formas de organização e interesses diferentes). Princípios estes adequados ao instituto estudado.

A intenção democrática confunde-se com o encargo da mediação. A procura pela liberdade (retomada da autoria da vida das partes envolvidas no conflito), a solidariedade e a retorno ao diálogo para a construção de um novo relacionamento pós-conflito são os alvos perseguidos pela mediação. Deste modo, mister é concluir que a mediação é forma de fortalecimento do princípio democrático e a implementação da mediação pode auxiliar na implementação da democracia.

4.11.2 A possibilidade infraconstitucional e o Código Civil 2002

A utilização da mediação tem ocorrido de maneira concreta em diversos países. Analisou-se já anteriormente a aplicação do instituto em nações distintas e pôde-se concluir que existe um alicerce normativo para seu emprego. Embora a realidade estrangeira se dê diferentemente, no Brasil ainda não existe norma específica que regule o tema.

É preciso, todavia ressaltar a existência do Código de Ética dos Mediadores (Anexo II). Este aponta as diretrizes básicas da mediação brasileira e pode ser tido, ante a ausência de qualquer texto de lei, como parâmetro do correto atendimento em mediação. O Código determina alguns princípios e estabelece direitos e deveres do mediador junto às partes, ao procedimento, dentre outros.

Não obstante ausência de legislação específica, o presente estudo procura demonstrar a possibilidade da aplicação da mediação através da legislação vigente e existente, por meio da procura de regras implícitas e aparentes que possibilitem esta resposta.

Analogicamente, pode-se utilizar a legislação atual para implementar ou fundamentar a mediação, à luz do que ensina Marcial B. Casabona (2001).

A aplicação analógica da mediação das normas infraconstitucionais requer um esforço científico. Para que se possa enquadrar a mediação a outros dispositivos jurídicos mister fazer este exercício.

Primeiramente, a percepção correta da mediação é técnica de resolução de conflito e enquanto técnica a mediação difere significativamente da conciliação. Todavia, sob a ótica jurídica (e somente por ela), pode-se analisar a mediação como espécie do gênero conciliação. Isto porque a conciliação é instituto

processual que resulta na composição consensual das partes. Assim, pode-se tentar enquadrar a mediação dentro do gênero conciliação e aplicar as normas previstas à conciliação no Código de Processo Civil.

O art. 125, IV do Código de Processo Civil (BRASIL, 2001) (regula os direitos e deveres do juiz), assegura que o juiz a qualquer tempo deve tentar a conciliação. O artigo 331, § 1º do Código de Processo Civil determina a realização de audiência de conciliação. Já o art. 447, determina que o juiz deve buscar a conciliação antes do início da audiência de instrução e julgamento.

O art. 9º da lei 5478/68 também assegura a conciliação, que estabelece: “aberta a audiência, lida a petição [...] o juiz ouvirá as partes litigantes e o representante do Ministério Público, propondo conciliação.”

A lei 6.515/77, que regula a dissolução da sociedade conjugal e do casamento, estabelece em seu art. 3º, § 2º que: “o juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam [...]” Nele consta uma permissão ao juiz possibilitando a remessa do conflito ao mediador. Nesta hipótese poderá o juiz fornecer efetivamente às partes, todos os meios para que se reconciliem ou transijam.

Em face do já exposto, a conciliação positivada pode se efetivar pela mediação. Deste modo, quando da autorização legal para a conciliação, o magistrado pode suspender o processo e encaminha as partes ao mediador. Esta situação garante a concretização dos princípios propostos e conduz o direito atingir seu fim.

Nas palavras de Águida Arruda Barbosa (2002, p. 96), pode-se concluir que:

O juiz não está somente autorizado, mas obrigado a recomendar a mediação aos litigantes, pois o dever de não ingerência nas relações privadas cessa no momento em que nasce o risco da não assistência. Enfim, a mediação é a aplicação do princípio ético da responsabilidade pelo próximo e, no direito pátrio, encontra-se acolhida pela lei penal que tipifica o crime de omissão de socorro.

Cabe ressaltar o dispositivo legal contido no Código de Ética e disciplina da ordem dos Advogados do Brasil (2000) que determina em seu art. 2º, IV, parágrafo único: “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre

que possível, a instauração de litígios”. O advogado deve instigar a prática dos métodos extrajudiciais e buscar a prevenção dos litígios judiciais. Isto não pela falibilidade do judiciário, porém pelos benefícios oferecidos pela mediação.

O Código Civil de 2002 encontra-se estabelecido sobre três princípios norteadores: eticidade, sociabilidade e operabilidade. Foram deixados (ainda que não de forma plena) alguns paradigmas da modernidade como individualismo ou patrimonialismo extremo e estabelecidos novos valores, à luz da Constituição Federal.

Pôde-se perceber ênfase nos direitos da personalidade e princípios humanistas como a função social e a boa-fé em seu sentido objetivo, os quais são compatíveis à mediação.

Semelhantemente, a autonomia da vontade - princípios da mediação - encontra-se amparada pelo Código. Vale ressaltar que esta deve estar inserida num contexto de dignidade e boa-fé, que implica em deveres anexos de lealdade e boa conduta.

Por tudo isso, pode-se afirmar que a mediação estabelece-se sob os novos paradigmas do Código Civil apresentados acima. Igualmente, concretiza e desenvolve os valores civilistas da atualidade inseridos legislação de 2002.

Em face desta análise legislativa, é possível concluir que a mediação pode ser aplicada: a) seja pela ausência de impedimento legal, b) seja pela efetividade dada aos princípios constitucionais e civilistas na nova perspectiva ou, c) pela autorização nos dispositivos ordinários.

4.11.3 Movimentos pré-normativos

O Brasil carece de regulamentação específica para a mediação. Todavia, surgem movimentos pré-normativos.

O primeiro movimento surgiu do pensamento interdisciplinar para a implementação da mediação familiar. O Projeto de Lei que institui a mediação é de autoria dos juristas Águida Arruda Barbosa, Luís Caetano Antunes, Antonio Cesar Peluso e das Psicanalistas e mediadoras Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga, com iniciativa legislativa da Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro (Anexo III).

A inspiração que se prestou de êmbolo a essa iniciativa foi o estudo da inserção da mediação no Código de Processo Civil da França, que recepcionou o instituto em reforma processual de 08 de janeiro de 1995. O projeto fulcra-se, portanto, no modelo europeu.

Em dezembro de 1998 a Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro adotou aquele estudo, o que gerou o Projeto de Lei n.º 4.827/98, atualmente sob o nº 94/02 no Senado Federal, que já tramitou pela Comissão de Justiça, pendente de votação e aprovação para se tornar a lei nacional para instituir a Mediação no Brasil.

O conteúdo do projeto tratou no artigo 1º (BRASIL, 1998) do conteúdo da mediação.

Atividade exercida por terceira pessoa, que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta, com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos.

Tratou-se ainda sobre o mediador: definiu-se que: “Mediador é a pessoa capaz, de reputação ilibada, aceita pelos mediandos e que tenha qualificação adequada à natureza do conflito” (BRASIL, 1998). Quanto ao objeto da mediação, com as devidas adaptações ao sistema jurídico brasileiro, determinou-se que: “A mediação está prevista para toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem ou fins que a lei permita”.

Semelhantemente, disposição relevante fora a autorização do magistrado para promover a mediação. Ficou estabelecido que: “o Juiz poderá, obtida a concordância das partes, designar um mediador, em qualquer grau de jurisdição e em qualquer fase do processo, suspendendo-o pelo prazo de até 3 meses, prorrogável por igual período”.

É possível ressaltar no texto legal a existência do vocábulo “escuta”. Esta modalidade diferencia a mediação de qualquer outro método de resolução de conflito extrajudicial. A mediadora francesa Jacqueline Mourret (1996) explica que a metodologia da mediação é a tática e a estratégia em que a escuta entra como atividade profissional, altamente qualificada, permitindo decodificar, imaginar e concretizar. Trata-se de uma escuta dinâmica, que dá sentido ao silêncio, que percebe as mensagens não verbais. Enfim, trata-se de uma atividade de ouvir para

depois escutar, ajustar, promover escolhas, realizar recortes, criar um novo colorido para habitar as sombras do sofrimento humano.

Destacam-se outras características do projeto de lei, a saber: a) quanto à natureza da mediação, constando do projeto que a mediação tanto pode ser judicial como extrajudicial, tendo por objetivo a prevenção do litígio em atividade que se desenvolve fora do processo; b) quanto ao seu objeto, podendo a mediação versar sobre todo o litígio, ou parte dele.

Todavia, outro movimento pré-normativo (Anexo IV) para instituição da Mediação no Brasil veio por intermédio de um anteprojeto de lei, em meados do ano 2000, de iniciativa de um grupo de processualistas nomeados pela Escola Nacional da Magistratura, sob a presidência da Professora Ada Pellegrini Grinover e coordenação da Ministra Fátima Nancy Andrichi. A iniciativa tomou por modelo a experiência da Mediação na Colômbia e se constitui de 29 artigos.

O anteprojeto define a Mediação como “um mecanismo alternativo e consensual de solução de controvérsia, que tem como objetivo pacificar os contendores através da atuação de um mediador”.

Há previsão de Mediação prévia e incidental, sendo que a formação dos mediadores tem como pré-requisito ser advogado, com pelo menos dois anos de experiência para exercer a atividade como auxiliar da justiça, cabendo à Ordem dos Advogados do Brasil o credenciamento desses profissionais.

A iniciativa da Mediação será formalizada por petição inicial remetida pelo distribuidor ao mediador sorteado. Outro aspecto a ser destacado no estudo pré-legislativo é que a eficiência do mediador será medida pelo número de acordo celebrados.

Ainda cabe perceber o esforço governamental no sentido da educação para a mediação. Inserido nas recomendações do Ministério da Educação – Secretaria de Educação Superior, em junho de 2001, a mediação deve ser desenvolvida pelo núcleo de prática jurídica dos cursos de Direito.

Deste modo, para um curso de Direito obter conceito máximo, recomenda-se que tenha promovido o ensino de técnicas da mediação, conforme item 5, letra C, II – Organização Didático-Pedagógica, dos Padrões de Qualidade do Curso de Direito.

Em linhas gerais, esta regulamentação não vem sendo fielmente seguida pelas instituições de ensino. Todavia, o critério adotado pelo Ministério da

Educação seguramente estimula a prática da mediação e se aplicado corretamente subsidia a articulação da formação humanista dos acadêmicos de direito. Diante da necessidade de quebra de paradigmas, são necessárias algumas medidas práticas.

Neste sentido, afirma Ligia Maria Dornelles (2001, p.6):

Acredito que, através da formação integral do ser humano trabalhando os valores da interioridade, do desenvolvimento, da intuição, da criatividade e de uma concepção eco-ética da vida, é possível estender o raio da existência individual a um ser universal, onde o ser humano possa apresentar-se como pessoa livre, nobre, autônoma moral, emocional, política, econômica e financeiramente capaz de se autogerir, dando sentido a sua vida independente dos condicionamentos do cotidiano.

Cabe, por fim ressaltar a necessidade de docentes capacitados para este mister, do modo a promover corretamente o ensino teórico-prático da mediação.

Não resta dúvida de que a mediação será consagrada na sistemática jurídica, se analisada do ponto de vista da ética. Isto porque ela auxilia e fundamenta o dever de assistência à pessoa em situação de perigo. A mediação surge, portanto, como socorro do indivíduo.

5 APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO. HUMANIZAÇÃO NO TRATO DOS CONFLITOS.

5.1 A MEDIAÇÃO COMO CONSAGRAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA

A análise da mediação conduz a uma conclusão significativa: a mediação se faz assaz necessária à realidade social da contemporaneidade. A condição da sociedade, da economia mundial, do judiciário, bem como das atuais vertentes do Direito Civil conduzem à prática desta modalidade de resolução de conflito.

Como forma concretizadora do princípio da dignidade, a mediação é uma possibilidade acertada. Garante aos envolvidos no conflito o respeito pelas suas próprias questões e sua retomada decisória.

O princípio da dignidade e a mediação aliam-se sob duas óticas distintas: a) é fundamentada por aquele e b) corrobora com sua implementação de forma prática e alcançável.

Ainda tende a cumprir outras diretrizes decorrentes da dignidade: promover o cumprimento do princípio da boa-fé nas relações, originar o melhor interesse da criança, fomentar as resoluções pacíficas, dentre outras.

Enfim, apresenta o ser humano, verdadeiramente, como núcleo do direito, e não apenas como mero sujeito de direitos – abstrato e irreal. Trata-se de, portanto, através de um método funcional, promover o bem estar social e humanizar as possibilidades de solução de conflito.

No tocante ao princípio da autonomia privada, esta entendida enquanto poder de decisão ou poder negocial, está na base da mediação, que é uma forma de “negociação assistida”. Entende Christopher W. Moore (1998, p.43) que a mediação:

é geralmente 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 voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa. Além de lidar com questões fundamentais, a mediação pode também estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança e respeito entre as partes e encerrar relacionamentos de maneira que minimize os custos e os danos psicológicos.

Autonomia privada trata da possibilidade das partes regularem seus próprios interesses, bem como do direito à autocomposição. A Mediação devolve às partes este poder. Isto porque, os envolvidos possuem domínio do procedimento, liberdade de comunicação e podem decidir seus conflitos.

Nas palavras de Luis Alberto Warat (2001, p.16): “em termos de autonomia, democracia e Direito Humanos, a mediação pode ser vista como sua melhor forma de realização”.

Em tempos hodiernos, é preciso que o ser humano retome o controle de seus interesses e não somente os lance ao judiciário, quando ele próprio pode resolvê-los. A autonomia privada reconhece a existência de um âmbito particular de atuação do sujeito e mediação pode proporcionar esta liberdade de agir.

Por tudo isso, pode-se afirmar que a mediação é exercício do princípio da autonomia – isto é, materializa este princípio, na medida em efetivamente torna esta autonomia real.

5.2 HUMANIZAÇÃO DOS CONFLITOS DE FAMÍLIA – POSSIBILIDADE DE TRANSFORMAÇÃO

“A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.”

Declaração dos direitos do homem em seu art.

XVI, 3

A mediação pode ser utilizada nos mais diversos campos. Como analisado no Capítulo III, pode ser proveitosamente aplicada no âmbito consumerista, nas práticas contratuais, em conflitos de diferentes espécies.

Todavia, é no campo do conflito familiar onde se possível perceber significativos benefícios da mediação. Isto pode ser em razão do grau emotivo destes conflitos. Em sendo assim, estudar-se-á a seguir a família, sua origem histórica e sua caminhada normativa. Por fim, serão analisadas as questões familiares e possibilidade da humanização de suas decisões.

5.2.1 A família e o Direito: sua análise histórica e percepção atual

O instituto da família sempre existiu. Desde os primórdios da humanidade - em concepções da idade antiga e também em períodos da pré-história, a família possui significado.

Nas sociedades antigas, como sociedade hebraica, a percepção do instituto era clara, com normas específicas sobre comportamentos familiares. Havia a família parental – pai e mãe – conforme se pode perceber pela declaração bíblica (G. 24-2.36): “Deixará o homem seu pai e sua mãe e apegar-se-á a sua mulher e serão uma só carne.” Na evolução judaica, a família era preservada e valorizada, tal como se pode perceber pelas declarações no livro dos Salmos e nas cartas do Apóstolo Paulo.

Na sociedade romana, a família era definida segundo Reynaldo Paini (1996, p. 9) como o “conjunto de pessoas que estavam sob a ‘patria potesta’ do ascendente comum mais velho”. Ao mesmo tempo, era uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. Com o casamento, a mulher poderia escolher se continuaria sob a autoridade do *pater* ou de seu marido.

A grande evolução da família romana se deu com o aumento da autonomia da mulher e dos filhos, em detrimento do marido. Havia independência entre eles. Em face disso, multiplicou-se a incidência de situações de adultério e divórcios.

Interessante ressaltar que o casamento romano tinha como base a *affectio* – afeto. Desde modo, poderia ser o matrimônio dissolvido ante ao término

daquela. No entanto, com a oficialização do cristianismo como religião no Império Romano, transformaram de forma gritante as relações familiares.

Na idade média, sob o controle do direito canônico, o casamento tornou-se indissolúvel e irretroatável até o século XV. Ao contrário dos romanos, os canonistas opuseram-se fervorosamente ao divórcio. Após século XV, passou-se a admitir a separação de corpos. Subsistia, no entanto, os deveres de alimentos e fidelidade recíproca.

A Reforma Protestante transformou o pensamento da época. Os países que romperam com o catolicismo, receberam a permissão para o divórcio. Quanto ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, mantiveram-se os preceitos romanos. No entanto, apesar de toda evolução familiar, muito dos dogmas canônicos permanecem nos dias atuais.

Quando do século XVIII na Europa e, no Brasil, na metade do século XIX, houve mudança na produção dos bens de consumo e, conseqüentemente, na economia, com o advento da revolução industrial. A produção artesanal foi substituída pela manufatura fabril e a mão-de-obra, até então exclusivamente masculina, torna-se insuficiente para a imensa demanda. Ocorre deste modo, a participação da mulher no processo da produção especialmente pela inferioridade do valor do salário em relação ao homem.

A partir desse marcante fato histórico, a mudança na economia trouxe reflexos sobre a mulher e a família, já que ao papel biológico da mulher na reprodução da espécie, foi acrescentado o da produção de bens, antes reservada exclusivamente ao homem. Este fato acarreta uma imensa sobrecarga à mulher, sem que ela obtenha o reconhecimento legal desta desigualdade pela dupla jornada desempenhada. Assim, o aproveitamento do trabalho feminino na transformação e no desenvolvimento da indústria acentuou mais a condição de desigualdade nos direitos.

No Brasil, os conceitos de família do começo da colonização até os tempos do império, eram derivados do pensamento português – isto é, com base no direito romano e canônico. As primeiras legislações reguladoras das relações familiares no Brasil, encontravam-se sob a égide das ordenações portuguesas.

Somente a partir do século XIX, surgiram regimentos para os não católicos. A Lei nº. 1.144 de 1.861, concedeu efeitos civis aos casamentos religiosos realizados pelos não católicos, desde que estivessem devidamente registrados.

Com a proclamação da República, houve a desvinculação da Igreja com relação ao Estado, e foi promulgada a primeira lei de regulamentação do casamento civil em 1890, de autoria de Rui Barbosa. Lentamente, foram delineadas as leis genuinamente brasileiras, até o advento primeiro Código Civil Brasileiro.

O Código Civil de 1916 apresentava a realidade familiar proveniente do pensamento português e ainda de franceses e holandeses que à época estavam no Brasil. Embora promulgado no ano de 1916, representa a sociedade do final do século XIX, ocasião da iniciativa de elaboração de seu projeto. Desta forma, não mais correspondia à demanda das transformações sociais que ocorriam nas primeiras décadas do século passado.

Nele, a família somente se constituía pelo casamento. Esta devia se manter coesa, como uma unidade que se legitima por si mesma. Neste cenário, a proteção atribuída à família tinha por finalidade afastar toda e qualquer ameaça à estrutura familiar, o que justificou a indissolubilidade do vínculo matrimonial, a chefia da sociedade conjugal exercida pelo marido, enquanto incapazes e a discriminação dos filhos não matrimoniais.

Tanto que afirmou Clóvis Bevilácqua (1996, p. 15) ser a família “é ao conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes porém, designam-se por família somente os cônjuges e a respectiva progênie”.

Interessante perceber, pelo estudo realizado por Gustavo Tepedino (2002, p. 395) e Ana Luiza Maia Nevares (2002, p. 291), que a legislação civil conferia um interesse superior à entidade familiar, em detrimento de seus componentes, justificados pela “paz doméstica”. Basta pensar que na disciplina original do Código Civil, o vínculo matrimonial não se rompia após o desquite. Este, por sua vez, poderia ser consensual ou litigioso, conforme o estabelecido no art. 317. Tinha-se por base a culpa, o adultério, enfim, todo o previsto na lei.

Assim, afirma a autora já citada (2002, p. 291), o Código Civil apenas continuava um movimento inaugurado tempo antes ainda no império, que definia a família em função da chamada proteção à moral, mas também por conta da necessidade de circunscrever os limites dos direitos de propriedade.

No decorrer dos anos, em virtude das inúmeras mudanças sociais, diversas transformações marcaram a disciplina jurídica da família, com destaque à

admissão do reconhecimento dos filhos adulterinos, emancipação da mulher casada e dissolução do casamento.

A segunda metade do século XX trouxe consigo um contingente de transformações sociais e acarretou a necessidade de alterar o Código Civil. O declínio do sistema velado do patriarcalismo, a evolução dos direitos da mulher, a exacerbação de uma sociedade de consumo, avanços científicos dos conceitos biológicos de procriação, os meios de comunicação, dentre outros influenciaram este feito.

Em 1967, o Estatuto da mulher casada inovou em matéria de bens e de guarda de filhos. Em 1977, regulou-se a dissolução do vínculo marital, antes proibido; mudou-se o sistema de legitimidade dos filhos, os alimentos e regime de bens igualmente foram alterados. O casamento, assim, deixou de ser indissolúvel e o divórcio, tornou-se prática comum.

Estas transformações encontraram seu ápice na Constituição Federal de 1988. De fato, ao estabelecer como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (NEVARES, 2002, p. 295):

o constituinte opta por superar o individualismo, ou seja, a concepção abstrata do homem que marcou o tecido normativo codificado, passando a eleger a pessoa, na sua dimensão humana, como centro da tutela do ordenamento jurídico.

Interessante perceber, à luz dos ensinamentos de Pietro Perlingieri (2002, p. 243) a família passa a ser constitucionalmente tutelada enquanto aquela promove o desenvolvimento dos seus membros. Não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa. No entanto, o indivíduo somente será tutelado até o ponto de não satisfazer seus egoísmos particulares ou tendências desagregadoras do núcleo familiar.

Além da mudança na concepção da família, a Constituição introduziu no ordenamento jurídico novas formas de entidades familiares, O casamento deixou de ser a única forma de união familiar. Reconhece-se a união estável. Posteriormente, foram editadas as leis 8971/94 e 9278/96, que regulam respectivamente o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão. Por fim,

vale ainda salientar o reconhecimento constitucional das famílias monoparentais ou de famílias de caráter diverso.

A promulgada constituição de 1988 revolucionou todo o conceito de família e seus dispositivos. Protegeu a família como instituto e acresceu a proteção estatal a cada um de seus membros enquanto partícipes de uma família. Neste sentido afirma Pietro Perlingieri (2002, p. 256) que a família,

não é uma pessoa jurídica, nem pode ser concebida como um sujeito com direitos autônomos: ela é formação social-lugar-comunidade tendente à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes; de maneira que exprime uma função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existências de seus componentes. As 'razões da família' não têm autonomia em relação às razões individuais.

Acolheu a União Estável, igualou direitos e deveres de homens e mulheres, e findou – enfim - a existência de filhos ilegítimos. Com a alteração de tais preceitos estruturais do direito brasileiro, tentou o constituinte acompanhar o ritmo da família, sanando o descompasso entre a realidade e a lei.

Extinguiu-se a família patriarcal; tem-se a família eudemonista, aquela pelo qual, nas palavras de Giselle Groeninga (2001), cada um busca na própria família, ou por meio dela, a sua própria família, a sua própria realização, seu próprio bem-estar.

Em 1.995, por ocasião da realização da Conferência Mundial da ONU sediada em Beijing, China, os direitos da mulher foram alçados à categoria de direitos humanos. Recomendou-se aos países participantes a implantação de uma plataforma de ação capaz de priorizar o combate à feminização da pobreza e à violência contra a mulher.

Para incitar a reflexão, a partir desse intercâmbio de movimentos femininos, surgem dois neologismos: o *empowerment* e a maternagem, os quais expressam a universalidade de conscientização em relação aos direitos da mulher.

O *empowerment* ou “empoderamento” da mulher expressa a idéia de oportunidade de participação nas decisões que interferem na qualidade de vida de uma nação. Empoderamento trata de:

um conceito que os organismos internacionais introduziram nas discussões sobre os grupos desfavorecidos, especialmente o de mulheres. A questão da equidade de direitos sobre homens e mulheres no Brasil contemporâneo deve passar, necessariamente por um projeto de empoderamento das mulheres incluindo um amplo trabalho de formação e treinamento de caráter emancipatório (D'AVILLA NETO, 1989, p. 14).

A maternagem traduz o aspecto social e institucional da maternidade, que advém da capacidade biológica de reprodução. Tem-se, então, o reconhecimento do papel social da mulher, com a clara discriminação ao termo “maternidade”, vocábulo reservado para expressar o exercício da subjetividade da mulher em relação à prole natural, adotiva ou decorrente de reprodução assistida.

À face de tudo, foi no ano de 2002 que ocorreu a promulgação do Código Civil, a fim de regular as relações jurídicas de direito privado, sob o fundamento de três princípios basilares: eticidade, socialidade e operabilidade.

A eticidade, que visa a recuperação do equilíbrio entre os valores éticos e a técnica jurídica, pois a nova codificação contém normas mais genéricas e cláusulas gerais, modelos jurídicos hermenêuticos que permitem aos operadores do direito uma interpretação mais equânime; a socialidade, que supera o caráter individualista contido no Código Civil de 1916 e faz predominar o social sobre o individual e operabilidade traduzida numa linguagem clara para a realização do Direito em sua concretude.

A nova legislação adequou o sistema constitucional de filiação: proibiu as referências discriminatórias aos filhos, bem como o princípio da responsabilidade parental, contido na máxima superior interesse da criança, conceito amadurecido com interpretação do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente.

O princípio do superior interesse da criança corresponde ao compromisso dos países signatários da Convenção da ONU de 1989. Esta convenção contém uma mudança no tocante ao papel da criança, que deixa de ser passiva e sofredora, para exercer um papel ativo em busca das melhores condições disponíveis para que seja criada e educada dentro do espírito de proteção para que se torne um adulto mais capacitado para a formação das futuras famílias.

Deste modo, no que tange à guarda, o Código Civil de 2002 inova o critério para a guarda dos filhos menores, que passa a ser “a melhor condição do guardião no interesse do menor”, de acordo com o artigo 1.584. A norma é aberta e cabe ao magistrado avaliá-la de maneira mais apropriada.

Ainda ao analisar a questão da guarda, em face do princípio da igualdade de gênero, o Código Civil concede a ambos os genitores, idênticos direitos quanto a ter os filhos em sua companhia com divisão igualitária do tempo. Dessa forma, o modelo da guarda compartilhada tem sido largamente implantado quando os genitores comunicam-se, adequadamente, enquanto casal parental. Aplica-se a Mediação Familiar com excelentes resultados, como apoio para a reorganização da nova família.

O Código Civil de 2002 reservou o livro IV para as disposições de direito de família. Águida Arruda Barbosa (2002, p. 86) salienta distinção feita em dois Títulos: Título I, no qual se inserem as disposições de direito pessoal e no Título II que disciplina com o direito patrimonial.

Entende a autora que a nova codificação privilegia, nessa discriminação, os efeitos pessoais e patrimoniais da família, reconhece seus diferentes níveis, de modo a conceder caminho para reflexões de ordem objetiva e subjetiva. Isto porque, há o reconhecimento legal de que a família comporta uma gama inesgotável de relações.

A crítica ao Direito de Família no Código é severa. Aduz a doutrina que o Código não resguardou a família como um organismo merecedor de tutela na medida em que promove o desenvolvimento da personalidade de seus membros. Para Gustavo Tepedino (1999) a “situação é crítica, sendo o mal maior a reprodução de uma dogmática matrimonialista, institucionalizada que focaliza a família através da lente do casamento e dos seus diversos regimes patrimoniais.”

Assim, legislador do Código Civil buscou adaptar o velho Projeto à nova perspectiva paradigmática estampada na Constituição de 1988. De qualquer sorte, encontra-se vigente no ordenamento jurídico o Código Civil. Com falhas e exclusões, este deve ser adequado à Constituição Federal, sob à égide da Dignidade da Pessoa Humana e sob o novo paradigma do direito civil familiar atual: o da afetividade.

5.2.1.1 O paradigma da afetividade

Nos dias de hoje, as relações de afeto, nas palavras de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2001, p. 72):

caminham à frente nos projetos familiares e, por isso, conduzem à assunção da responsabilidade pela constituição das famílias, bem assim como podem conduzir à interrupção do casamento ou da união estável, garantindo a cada um de seus membros, em princípio, o direito à recuperação ou reformulação de seu projeto pessoal de felicidade, mantida a responsabilidade original, em face daqueles que ainda se encontram em liame de dependência.

Com propriedade Paulo Luiz Netto Lobo (2003, p. 7) assevera que:

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação, entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas.

A Constituição abriga princípios implícitos que decorrem naturalmente de seu sistema. Encontram-se na Constituição Federal brasileira algumas referências, cuja interpretação sistemática conduz ao princípio da afetividade, constitutivo dessa aguda evolução social da família, especialmente:

- a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);
- b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);
- c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, e a união estável têm a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, §§ 3º e 4º);
- d) o casal é livre para extinguir o casamento ou a união estável, sempre que a afetividade desapareça (art. 226, §§ 3º e 6º).

E conclui Lobo (2003, p.10):

A afetividade é construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando ela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estes suas causas originária e final, haverá família.

Em face disso, mister se faz perceber que a “instituição” família perpetua-se no tempo. Os costumes, as formas e valores podem transformar-se, porém, permanece o sistema familiar. Nas palavras da já citada Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2001, p.83):

Biológica ou não, oriunda do casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, monoparental ou poliparental, não importa. Nem importa o lugar que o indivíduo ocupe no seu âmago, se o de pai, se o de mãe, se o de filho; o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperança, valores, e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade pessoal.

Por tudo isso, e por isso mesmo é preciso ressaltar que o objeto do direito de família é a própria família e, ante a este entendimento, deve-se, com excelência buscar resguardá-la.

5.2.2 A nova família: sua dinâmica contemporânea

A família contemporânea difere significativamente da família de década de sessenta. Este é um dado concreto da realidade social e jurídica no mundo pós-moderno. Com fim a perceber e contextualizar a família atual, de modo a identificar a necessidade e os benefícios da mediação, o presente tópico passa estabelecer um breve panorama do momento familiar.

Historicamente, a partir da segunda metade do século XX, o mundo ocidental observa que as conquistas femininas provocaram mudanças significativas nas relações entre homens e mulheres e na estruturação familiar. A mulher, de forma mais incisiva passa a ter papel no mercado de trabalho e conseqüentemente dupla jornada – casa e trabalho.

O fenômeno do divórcio cresce nos EUA a partir da década de 50, e, no Brasil, depois do advento da lei do Divórcio em 1977 começa a redesenhar a família contemporânea. No final da década de 80 têm-se referências sobre pesquisas clínicas realizadas com crianças e adolescentes que passaram pela crise de divórcio dos pais, suas evidências devastadoras e prolongadas conseqüências.

A organização familiar contemporânea repousa em três fenômenos sociais marcantes: a revolução da afetividade, a “maternalização” da célula familiar, ao conceder um lugar especial para os filhos, e a prática sistemática da contracepção, que permite uma organização mais individualizada da família.

Os casamentos são mais tardios, o casamento arranjado praticamente desapareceu e, em decorrência dessas mudanças, a família nuclear tradicional começa a tornar-se uma exceção em um universo marcado pelo trinômio casamento, separação e recasamento.

Em dados intrigantes e confirmando o apontamento sobre as tendências propostas pelo autor supra, o IBGE demonstra que em metade dos lares brasileiros não mais existe o modelo clássico: pai, mãe e filhos do mesmo casamento. E ainda, pesquisa realizada pela Revista Época (PEREIRA, 2003, p.82) concluiu que: “na última década, o número de famílias – de qualquer espécie – cresceu duas vezes mais que a população como um todo, embora o número de divórcios tenha triplicado e o casamento de papel passado diminuído 12%.”

Essa aparente contradição sugere que cada vez haja mais famílias se formando a partir de novas bases. Há um desmembramento do que antes era uma única unidade familiar e para que se tenha novas “modalidades” de famílias, ou novas formas de entidades familiares, nas palavras de Gustavo Tepedino (1999).

O casamento deixou de ser indissolúvel e os métodos contraceptivos multiplicaram-se. Adriana Wagner, da PUC-RS, em pesquisa desenvolvida em Porto Alegre com adolescentes de classe média, afirma que em 1996, 53% viviam em famílias recasadas. Em 1999, 71% são famílias reconstituídas.

Todavia, embora estes novos movimentos aconteçam – o que acarretaria um novo paradigma, aparentemente saudáveis - Elizabeth Carter (1999) afirma que segundo o United States Census Bureau, a porcentagem de divórcios nos Estados Unidos é mais elevada entre pessoas que estão no segundo casamento. Isto significa que um quinto dos americanos que hoje têm trinta anos irá passar, não somente por um, mas por dois divórcios. E mais, o fim do segundo casamento acontece em menos tempo: depois de apenas 04, em média, contra sete anos após o primeiro casamento. Interessante ainda ressaltar que 65% das mulheres e 70% dos homens insistem num novo casamento.

Diante do apresentado neste tópico, torna-se imperioso ao Direito Civil - que rege as relações privadas - perceber as necessidades da família atual e observar o quão significativo pode ser o uso da mediação em tamanhos conflitos existentes nos sistemas familiares contemporâneo. O prognóstico familiar não é favorável – embora o paradigma seja da afetividade, a família ainda encontra-se duvidosa no caminho a ser seguido: a mediação pode ser uma rota relevante ao ajuste familiar.

5.2.3 Conflitos de separação e divórcio, guarda e alimentos – sua escalada

O casamento permanece na subjetividade da maioria dos indivíduos que mantêm o sonho de uma união feliz. Quando, porém, um casal decide-se pela separação, essa escolha representa a resposta final a um conjunto de frustrações pessoais provocadas pela não realização de esperanças e anseios mútuos.

Esses acontecimentos, durante o processo de divórcio desencadeiam disfunções comunicativas e interpretações errôneas permeadas de mágoas e ressentimentos. O que produz conflitos que geram as disputas pela guarda, visitas e discussões em torno da pensão de alimentos.

As causas que levam um casal a optar pela separação litigiosa são extremamente complexas e multi-determinadas. Estas podem ser, segundo Corinna Schabell (2005, p. 4): “a qualidade do relacionamento do casal na fase de pré-separação, fatores sócio-ambientais que incentivam o litígio e a competição,

histórias individuais de perdas mal-elaboradas, relações de dependência patológicas e estresse”.

Cada família reage e faz a leitura do processo de divórcio de acordo com sua rede de significados e crenças. Estes não podem ser desconsiderados pelo Direito: isto porque, constitucionalmente a família é célula basilar da sociedade, e seus membros, enquanto indivíduos devem ser tratados com dignidade.

É fato concreto que conflitos vividos pelos pais antes e durante o processo de separação geram problemas de ajustamento dos filhos. E ainda, o relacionamento parental no período pós-divórcio constitui o fator mais crítico no funcionamento da família. Somente para reflexão, apenas 30% dos pais divorciados conseguem separar as funções conjugais das da criação dos filhos. E ainda, problemas de ajustamento mais significativos são maiores quando há conflitos de longo prazo vividos pelos pais durante o período de pré-separação do que no período de divórcio propriamente dito (SCHABELL, 2005).

A renegociação dos limites de intimidade entre os ex-cônjuges através da mediação, com o objetivo de promover uma aliança pacífica no cuidado dos filhos, tem sido de grande benefício para o convívio familiar pós-separação

O divórcio legaliza um estado de discórdia entre o casal, leva a uma liberação do clima de disputa e cria novas estruturas domésticas de convivência entre pais e filhos.

Para os filhos, inicialmente, representa um mistério que precisa ser explicado com clareza e objetividade. Trata-se de um marco legal que provoca em todos os familiares, principalmente pais e filhos, angústias e incertezas, que ameaçam a estabilidade pessoal e causam inúmeras mudanças na dinâmica do cotidiano familiar.

A separação de um casal, quando mal conduzida, pode desagregar toda a família e extinguir relacionamentos futuros. A ajuda especializada de operadores jurídicos e não jurídicos não é apenas bem-vinda, mas crucial para a retomada do ciclo de crescimento das famílias.

Quando há separação, a criança ou adolescente enfrenta o medo e as conseqüências negativas de um lar desfeito. Neste sentido, Corinna Schabell (2005, p. 6) afirma que:

Não é possível saber o número exato de crianças envolvidas em separações no Brasil, porém, pesquisas realizadas em outros países referem-se, basicamente, a duas percepções provocadas nos filhos: o medo, consciente ou inconsciente de que o outro cônjuge também vá embora, e a percepção de que os adultos não são confiáveis e nem honestos. Tanto o casal que se separa quanto seus filhos passam por momentos delicados e difíceis na tentativa de resolver questões práticas, como guarda e visita, ou emocionais, como lidar com a interrupção de certas tradições familiares, a perda da convivência diária com um dos pais e a sensação de desamor, rejeição e abandono.

Nos conflitos entre os cônjuges, muitas vezes os “filhos” são motivos de inúmeras ações: revisionais, pedido de alteração de guarda, dentre outros. De outra sorte, quando há novo relacionamento afetivo por um dos cônjuges, gera-se conflito, o que pode acarretar novas demandas judiciais. Isto porque, alguns dos que passam pela experiência de rompimento, sentem-se frustrados e não tem êxito nesta mudança.

Os conflitos familiares comumente não findam quando da sentença. Ocorre, ao contrário, um fenômeno jurídico: a denominada a escalada dos conflitos e das demandas judiciais.

Conflitos não resolvidos geram sucessivamente novas ações e novos desarranjos. Muitas vezes, situações corriqueiras alavancam anos de disputas judiciais. Uma ação de divórcio gera uma revisional de alimentos, que produz uma execução, e assim sucessivamente. Os tribunais permanecem sobrecarregados de disputas desnecessárias, as quais poderiam ser solucionadas de forma mais eficaz.

Quando ocorre desavença interpessoal, este pode comprometer a aceitação da separação e, conseqüentemente, a negociação das questões substantivas, bem como de novas alianças para cuidar dos filhos. A não elaboração dos níveis do conflito, proporciona ações constantes e não permite a real solução do problema que os conduziu ao judiciário.

5.2.4 Possibilidade de humanização do Direito: a mediação aplicada aos conflitos familiares

A mediação aplicada traz consigo inovações sobre o como: como definir e pacificar um conflito familiar; como restaurar a comunicação entre casais em processo de separação; como compreender o questionamento sobre a parentalidade; enfim, como humanizar o direito.

Segundo o estudo de Danièle Ganância (2001, p. 15), a mediação familiar possui um tríplice escopo: pacificar o conflito, responsabilizar as partes e permitir a continuação das relações de co-parentalidade. Como já visto anteriormente, os problemas familiares, antes de serem de direito, são afetivos, emocionais e relacionais, antecedidos de sofrimento e dor. Dizem respeito a casais que, além da ruptura, devem imperativamente conservar as relações de pais, em seu próprio interesse e no interesse das crianças.

A mediação de divórcio, para casais com filhos, procura, potencialmente, servir aos interesses das crianças, uma vez que a qualidade das relações entre pais e filhos está intimamente vinculada à qualidade de relacionamento entre os pais pós-separação.

A pacificação do conflito através da mediação se refere ao despertar das partes e dos operadores do direito da responsabilidade na reorganização da família, revendo a ruptura do vínculo conjugal. Este 'despertar' pela mediação visa criar um novo paradigma: o que antes revelava uma litigiosidade, transforma-se em uma família pós-divórcio.

A mediação busca não mais o fim de uma família, mas sim sua reorganização. As famílias passam a compreender sua nova estrutura: de pais de família nuclear (pai, mãe, filhos) para binuclear (pai e filhos, mãe e filhos). Fixam-se, ainda os papéis dos antigos cônjuges: deixam conjugalidade (marido e esposa) e permanece a parentalidade (pais e filhos), distinguindo-os entre si.

Com o divórcio, os cônjuges perdem as funções maritais, porém permanecem pais. Importa, portanto, um redimensionamento.

O vínculo marital é passível de dissolução, porém o vínculo parental deve ser mantido, e especialmente no divórcio aprendido a ser preservado, pois comumente estendem suas mágoas conjugais para a relação parental. Deste modo é infrutífero debater sobre a possibilidade dos separandos, que nunca se entenderam como casal, a partir de uma sentença, entender-se-ão como pais (OLIVEIRA, 1999, P. 135).

E ainda leciona Schabell (2005, p. 12):

Não se pode pensar que a separação elimina a intimidade compartilhada entre o casal durante anos. Decisões tomadas na mediação são componentes de um novo quadro ao qual a família irá se adaptar. Esta adaptação é acompanhada de ambivalências e incertezas quanto ao lugar de cada um nos sistemas familiares que estão se formando e pode levar anos para se completar.

No entanto, freqüentemente este novo paradigma (ex-cônjuges, porém, pais) não é firmado. Sem a mediação, a belicosidade permanece e a família (ainda que pós-divórcio) não se restabelece.

O entendimento destes fatos (sentimento, redimensionamento da família e novos paradigmas a serem formados) é indispensável à humanização do Direito de família. Lida-se com pessoas reais que buscam no direito socorro de seus problemas. E como o Direito é feito para as pessoas, cabe este sanar esta busca, promovendo meios eficazes de resolução de conflitos.

No Brasil a realidade do divórcio é alarmante. Pesquisas realizadas (VEJA, 2001) demonstra que vinte e oito por cento dos casais divorciam-se. E, daqui a vinte anos, projeta-se o número de famílias mononucleares seja menor que as resultantes de novas uniões advindas de divórcios e separações. As rupturas de vínculos (separação, divórcio, dissolução de união estável) são um fato. É preciso somente humanizar estes conflitos, minimizando os traumas.

Como já narrado no item anterior, a experiência do divórcio e separação, bem como do fim da união estável é por demais penosa aos cônjuges. Estes convivem com sentimentos de culpa, fracasso, idealizações frustradas; seus filhos recebem estes sentimentos e também coexistem com os mesmos. Florence Kaslow (1995, p. 50) afirma que:

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

O cônjuge encorajado a procurar um advogado devido à ruptura da vida conjugal, encontra-se repleto de sentimentos de culpa pelo fracasso do matrimônio e frustração. E, na maior parte das vezes não consegue verbalizar seus interesses ao profissional contratado.

Ora, um casal que nunca se comunicou nem se tornou apto a relacionar-se em uma vida marital, não obterá no processo de divórcio (período este de crise pessoal) condições para decidir pendências do passado e de sua base futura.

De igual sorte, muito penoso é a disputa pela guarda de menores no judiciário. Esta se regula pela ótica da culpa, isto é, há um vencedor e um perdedor. A expectativa pela decisão arrasta-se por anos, causando danos muitas vezes irreversíveis.

Comumente, os pais que perdem a guarda após a espera da sentença, abandonam seus filhos, sustentando-os somente financeiramente (quando assim o fazem). As crianças tornam-se joguetes dos pais. Estes lançam aos menores seus conflitos de conjugalidade, esquecendo-se que mesmo findado o casamento, continuam pais.

A mediação pode humanizar os conflitos relacionados a menores. Isto porque elucida à criança quanto ao divórcio, bem como auxilia o casal a exercer sua parentalidade independente da conjugalidade.

A aplicação da mediação não culpa os pais em relação a seus filhos, pois todos os envolvidos no conflito familiar encontram-se em período de extrema vulnerabilidade. Ao contrário, o instituto busca desenvolver a responsabilidade dos cônjuges, superando o sentimento de culpabilidade.

Nas palavras de Giselle Groeninga (2001, p. 72),

Uma vez que a Mediação permite a elaboração dos níveis do conflito, que ela permite a reorganização das funções e dos papéis, e da hierarquia, dizemos que ela é a tradução metodológica do direito a se ter uma família. O melhor interesse das crianças é entender suas prioridades e o que elas representam e escutar a família, seus membros em suas diferenças. É escutar as necessidades e desejos, estando a serviço dos Sujeitos do Direito e não o contrário, utilizando a criança como alvo de paixões e 'projeções' adultas, sejam estas dos pais, dos profissionais ou das ideologias dominantes.

A proposta da mediação voltada à cooperação, ao invés de privilegiar o lado adversarial comum ao Direito, permite despertar nas pessoas que desfazem um vínculo conjugal o desejo real de assumirem suas próprias vidas. A mediação caracteriza-se por fortalecer a capacidade de diálogo a fim de chegar a uma solução mais amena dos conflitos. Seu acordo, mesmo que parcial, previne desgaste familiar significativo.

Ao abordar a confusão de papéis, permite que a posição e os interesses de cada um sejam esclarecidos. Seu objetivo principal é colocar em evidência a existência das diferenças individuais nos ciclos de sofrimento, no lidar com a dor e com o sofrimento, além de esclarecê-los e endereçá-los, buscando alertar os pais de sua obrigação em renegociar um relacionamento, a fim de assumirem suas novas funções, separando os problemas individuais dos problemas em comum.

Face à existência inegável dos conflitos familiares na sociedade atual, urge a necessidade de métodos de auto resolução. A mediação é aquela que prima por reconstruções, reposicionamentos valorização do ser humano. Evita a promoção de mecanismos que fomentem a litigiosidade, envolvendo a família em intermináveis disputas. Busca, enfim, atingir uma cultura de paz.

Os casais, as famílias e todos aqueles envolvidos no processo de tomada de decisão sobre guarda, visita, pensão alimentícia e divisão patrimonial movem-se em uma arena permeada pelas incertezas. Mesmo diante dos imensos investimentos em pesquisas, dificilmente pode-se falar de certezas a respeito do impacto do divórcio em toda a família. Porém, é no contexto da mediação que os cônjuges têm a oportunidade de redescobrir o papel parental, criar novas regras de convivência e aprender a prevenir conflitos futuros.

5.3 EXPERIÊNCIA NO CENÁRIO BRASILEIRO

No Brasil, a mediação vem sendo aplicada ainda de forma inicial, há aproximadamente quinze anos. Esta atua sobre a proteção de alguns dispositivos legais não específicos. Câmaras e Institutos têm sido firmados, os quais buscam estabelecer a mediação de maneira séria e competente.

Foi fundado o Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA -, e através dele são formados profissionais, apresentados trabalhos e demais projetos, sempre visando o aperfeiçoamento da mediação.

A Ministra Fátima Nancy Aldrighi, do Superior Tribunal de Justiça, elaborou estudo intitulado “*Juizados Especiais de Família*” no qual propõe um procedimento altamente qualificado para atender os conflitos familiares circunscritos ao limite legal do valor da causa, em virtude de disposições constitucionais.

Sugere que esse atendimento seja interdisciplinar - Direito, Psiquiatria e Psicologia. Ademais, sugere que o juiz contemporâneo tenha conhecimento de Psicologia e Psicanálise, ou então, que seja auxiliado por profissionais destas áreas para poder lidar com o drama humano sem afastar os aspectos jurídicos ali envolvidos. Em síntese, a autora do estudo pré-legislativo propõe que se instale o espírito da Mediação para transformar a cena judiciária mais humana e menos traumática nos conflitos de família.

A política pública da Mediação no Brasil caminha para ser adotada como procedimento ordinário no âmbito privado, exercido em instituições especializadas e no âmbito do Poder Judiciário.

Em Santa Catarina, o Tribunal de Justiça realiza projeto de aplicação da mediação nos casos de conflitos familiares, que foi regulamentado pela resolução 11/01¹⁶ (Anexo V). Os atendimentos podem acontecer antes do ajuizamento da ação

¹⁶ **Resolução N. 11/2001 – TJ** Dispõe sobre a instituição do Serviço de Mediação Familiar e dá outras providências.(...) Art. 1º - Recomendar aos Juízes das Varas de Família a instituição do Serviço de Mediação Familiar, com a participação efetiva de Assistente Social integrante do quadro do Poder Judiciário e de instituições, órgãos de comunidade e outros técnicos (Psicólogos, Pedagogos, Advogados, dentre outros), que se mostrem interessados em cooperar, de forma gratuita, na implantação e execução desse serviço. Parágrafo único – O Serviço de Mediação Familiar poderá ser implantado nas dependências de Fóruns, nas Casas de Cidadania e, mediante, convênio, nas Universidades ou outras instituições congêneres. Art. 2º - Tendo em vista que o mediador cuida das relações emocionais, psicológicas, sociais, econômicas e jurídicas dos conflitos, convém estruturar a equipe com caráter interdisciplinar, apta a desenvolver o trabalho sob todos esses aspectos. (...)” Na texto na íntegra, ver anexo IV.

ou pelo encaminhamento do juiz. São gratuitos e desenvolvidos equipes multidisciplinares (advogados, psicólogos, assistentes sociais). A mediação familiar do TJSC funciona em diversas cidades do Estado, dentre elas: Florianópolis, Tubarão, Joinville, Chapecó, etc.

Em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, a psicóloga e mediadora Marilene Marodin (2003) desenvolve juntamente com a Vara da Infância e Juventude trabalho inovador de mediação entre adolescentes infratores e as vítimas agredidas. O resultado tem sido muito satisfatório.

Outros estados brasileiros como São Paulo, Maranhão vem dando início à prática da mediação em seus tribunais. Há experiências privadas em muitos estados¹⁷ e a mediação tem sido difundida pelo país. A título de reflexão, em anexo (Anexo VI), apresenta-se entrevistas com duas mediadoras brasileiras e uma norte-americana com fim a evidenciar a dinâmica e aplicação da mediação no Brasil e no exterior.

Em Londrina, alguns movimentos estão sendo feitos buscando despertar a prática da mediação local. A organização não governamental “Instituto para o Cuidado da Família” visa desenvolver o estudo e atendimento da mediação, através de uma equipe reflexiva compostas por advogados, psicólogos e assistentes sociais. Os casos atendidos são privados ou encaminhados pelo juiz da 2^o Vara de Família e muitos têm obtido resultados satisfatórios. Encontra-se em fase de oficialização o convênio entre as varas de família e o Instituto para o Cuidado da Família, no qual haverá encaminhamento constante de casos para a mediação.

5.4 ESTUDO DE CASO

A presente dissertação, ao buscar complementar a pesquisa doutrinária realizada, colaciona abaixo dois estudos de caso atendidos por esta mestrandia. O primeiro caso foi através da procura particular pela mediação. Foi

¹⁷ Um exemplo bem sucedido de aplicação de Mediação é o Noos - Instituto de Pesquisas Sistêmicas e Desenvolvimento de Redes Sociais, organização não-governamental, fundada em 1994 no Rio de Janeiro e reconhecida como Utilidade Pública Federal. Tem como objetivo promover, baseados na visão sistêmica de mundo, contextos colaborativos para a melhoria da qualidade das relações entre pessoas, famílias, instituições e comunidades (www.noos.org).

realizado no Instituto para o Cuidado da Família, com sede em Londrina-PR, com a presença de uma equipe reflexiva interdisciplinar formada por advogados, psicólogos e assistente social.

O segundo caso se deu forma institucional – o juiz encaminhou o processo antes da citação à psicóloga forense. Foi realizado no Fórum da Comarca de Londrina, com a presença desta mestrande e da mediadora e psicóloga forense Salete Coser.

5.4.1 Mediação 01

V.M.A.S, genitora de M.A.P procurou o Instituto para o Cuidado da Família (Londrina-PR) para atendimento em aconselhamento familiar de seus filhos. Ao analisar o caso, a psicóloga responsável o encaminhou paralelamente para a mediação.

Foram realizados 05 encontros e finalizou-se um ciclo. Na primeira sessão foi possível compreender o caso: V.M. havia sido casada por 05 anos com G. P e encontravam-se divorciados há 07 anos. G.P constituiu novo casamento e outra filha. Todavia, ante os conflitos existentes entre eles (pais), G.P não participava ativamente da vida dos filhos. Percebeu-se que o desajuste entre os genitores provocava danos aos filhos, buscou-se uma solução.

No segundo encontro, houve o convite para que o genitor G.P. comparecesse à sessão sozinho. Este se apresentou e se mostrou disposto a desenvolver seu relacionamento com os filhos. Interessante foi perceber que G.P. desejava atender aos anseios dos filhos, mas não gostaria de se envolver com a mãe.

O próximo encontro foi conjunto: G.P e V.M. Embora, com alguns conflitos, a sessão fluiu bem e foi sugerido que cada uma das partes trouxessem por escrito no outro encontro sugestões para desenvolver o relacionamento: G.P, na visita dos filhos e V.M. com o relacionamento com o genitor.

No quarto encontro foram apresentadas algumas propostas de mudança tais como: a) seriam realizadas ligações do pai para os filhos todos os dias, aproximadamente às 20h00min, quando aquele estivesse no trabalho; b) V.M.

se comprometeu a perguntar se o momento em que ligasse para G.P. era oportuno; c) V.M. seria mais compreensiva; d) G.P. entraria na casa dos filhos para a visita.

Foi dado prazo de um mês para observar o cumprimento das tarefas. No último encontro, houve o fechamento deste ciclo mediado, com a formulação do acordo. Os resultados obtidos: a) o pai G.P. verdadeiramente aumentou o contato com os filhos e o relacionamento dos mesmos encontra-se em progresso; b) V.M. tornou-se mais compreensível e facilitou a comunicação dos filhos com o pai; c) semelhantemente, evitou ligações inapropriadas que causavam desconforto a outra família. d) a questão de G.P. ingressar na residência de V.M. para a visita, todavia, causou conflito com a atual esposa e não prosseguiu neste ponto.

Como conclusão final, percebe-se que embora o acordo não tenha sido completamente funcional, possibilitou o acesso do pai G.P. aos filhos, atingindo o melhor interesse da criança. O relacionamento entre os pais obteve alguma melhora, porém ainda possuem alguns conflitos.

5.4.2 Mediação 02

Ao final de 2005, M.L. ingressou com ação de guarda e responsabilidade (autos 2.439/05, 2º Vara de Família, Comarca de Londrina) em face de W.A.P, com fim a obter a guarda de sua filha L.A.L. M.L. (genitor) e W.A.P. tiveram relacionamento de namoro e deste adveio a menor L.A.L, com a idade atual de seis anos. O relacionamento dos pais se desfez e a menor ficou sob a responsabilidade da mãe e dos avós maternos. Em meados de 2005, a genitora partiu para os Estados Unidos para lá trabalhar e habitar e deixou a menor com os avós. Diante disso M.L. pediu a guarda para si.

Antes de ocorrer a citação, o juiz com singular sensibilidade, encaminhou o processo à psicóloga forense e mediadora, para alguma possibilidade de conversa entre as partes e de resguardo para a criança, buscando seu melhor interesse. Como a genitora se encontra nos EUA, os avós vieram representá-la.

O primeiro encontro se deu no dia 03 de março de 2006, quando estavam presente M.L. e os avós maternos. A princípio, o clima foi hostil, porém ante às intervenções da mediadora foi possível estabelecer reflexões entre eles.

Para este encontro, já haviam sido feitas visitas domiciliares e conversar em separado com os envolvidos. Os avós a educavam com excelência e pai laborava em dois empregos para suprir as necessidades da filha. Foi possível perceber que todos amavam e cuidavam verdadeiramente da criança. Todavia, esta se encontrava bem adaptada à realidade dos avós, que inclusive possuem filha de 10 anos e possui bom relacionamento com L.A.L.

Após muito diálogo, o pai M.L. apresentou suas motivações sobre seu pedido de guarda: queria ser mais presente na vida de sua filha e não apenas uma visita. Diante deste pedido legítimo e em face da adaptação adequada da menor com os avós, ante à ausência de tempo do pai (a criança ficaria com a avó paterna), ficaram as partes de pensarem num possível acordo.

Após uma semana da sessão, advogado do autor procurou a mediadora e informou que um acordo estaria sendo articulado entre o pai e os avós e também com a participação da genitora que reside nos Estados Unidos. Ficou decidido que a criança permaneceria com os avós maternos, com a permanência da criança com os avós e maior participação do pai na educação de suaa filha.

Diante disso, pode-se se perceber que um processo que poderia ser conduzidos por anos no tribunal e que causaria prejuízo às partes, em especial à criança, foi conduzido a solução pacífica.

6 CONCLUSÃO

As significativas transformações nas diversas áreas existentes (científica, sociais, familiar) que ocorreram em especial a partir da revolução industrial, geraram na sociedade contemporânea certa disfunção e uma busca (velada ou aparente) por novas concepções, valores e paradigmas.

Semelhantemente no Direito, enquanto ciência social os dogmas que outrora foram suficientes, hoje não mais o são. O arcabouço jurídico tradicional – patriarcal e individualista – não corresponde aos anseios e necessidades da vida contemporânea, nem mais conseguiu fornecer soluções aos novos problemas emergentes. Este desarranjo jurídico produziu um repensar dos padrões.

Diante disso, o Direito tem vislumbrado paradigmas contemporâneos que buscam atender à realidade social, tais como a dignidade da pessoa humana, a função social, o afeto, dentre muitos outros. Almeja-se um Direito mais conectado com a pessoa e não no indivíduo sujeito de direitos.

Como forma de concretizar estes novos valores, tem-se a possibilidade da mediação. Surge como meio consolidador do princípio da dignidade da pessoa humana e como resgate da autonomia privada – decisória - das partes. A mediação recupera esta autonomia dos sujeitos e os transforma em co-autores deste mesmo Direito.

Esta surge como recurso extrajudicial de resolução de conflitos, utilizado para solucionar situações de litígio, confidencial, voluntário e com o auxílio de um terceiro imparcial. Todavia, cabe às próprias partes a solução do conflito. Há a reorganização do problema a partir de suas próprias singularidades, bem como da capacidade individual da parte de se relacionar com as novas posições adquiridas.

O procedimento da mediação procura restabelecer a comunicação perdida entre as partes e solucionar o conflito através de acordos duradouros. Prioriza a interdisciplinaridade, quando recebe e utilizam diversas ciências. Aliás, o estudo interdisciplinar do conflito e da comunicação gera a riqueza e êxito do instituto.

A Teoria dos Sistemas pode ser entendida como um arcabouço filosófico. Isto porque proporciona a compreensão do conflito, das relações humanas

de maneira abrangente e complexa. Auxilia os mediandos bem como o mediador a analisar o conflito à luz da metáfora da rede, o que facilita sua solução.

Em enfoque constitucional, cabe apontar que o fortalecimento da democracia pode ser proporcionado pela mediação. Isto se dá em razão dos objetivos semelhantes: tanto na mediação como na democracia, o poder de decisão flui das pessoas para as próprias pessoas. A mediação seria uma forma de auxiliar a democracia de maneira prática.

No trato das questões familiares, a mediação encontra vereda ampla e valor significativo. Os conflitos familiares possuem carga emocional e de valor pessoal diferenciados. A mediação pode humanizar estes conflitos ao trazer respeito aos sentimentos das partes, ao valorizar a escuta, ao perceber a dinâmica sistêmica do conflito. Nestas questões, a mediação possui tríplice escopo: a pacificação e humanização dos conflitos, a responsabilização das partes e a continuidade da coparentalidade.

À guisa da conclusão desta dissertação, é possível perceber que a mediação é instrumento que permite a implementação de um Direito mais humano e ético; voltado resgate pessoal e social. Enfim, como essência fundamental, a mediação almeja a instauração de uma cultura que prime pela paz social – fim magno do Direito – e eleve o indivíduo, verdadeiramente, à dignidade em toda sua extensão.

REFERÊNCIAS

ABALLOUCHE, S. La mediation intercultural. **Anuário de psicologia**- Universitat de Barcelona, v. 33, n. 4, p. 593-596.1999.

ABREU, A. **A arte de argumentar**: gerenciando razão e emoção. 5. ed. São Paulo: Ateliê. 2002.

AMARAL, F. Autonomia Privada. **Revista CJF**. N. 5, artigo 5. Disponível em: ww.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo5.htm, acesso em 21.03.2006.

AMORIM, E. P. M. Processo de mediação com famílias em conflito judicial: Negociando desacordos e construindo possibilidades. Brasília: **Dissertação** (Mestrado em Psicologia). Universidade de Brasília. 2002.

ANDOLFI, M.; ANGELO, C.; SACCU, C. O casal em crise. São Paulo: Summus . 2001.

ARAÚJO, L. A. G. **Os mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos como Ferramentas na Busca da Paz**. São Paulo: LTR. 1999.

AZEVEDO, Á. V. **Estatuto da Família de Fato**. São Paulo: Jurídica Brasileira. 2001.

BARBOSA, Á. A. Clínica do Direito. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 62, p. 41-49, mar./2001.

_____. Direito e Família - A mediação no direito familiar. Repertório **IOB** de Jurisprudência. São Paulo, n. 14, cad. 3. 1999.

_____. **Boletim** - Comissão de Mediação, E-mail recebido em: 04/ abr./2005.

_____. **Direito e Família** - A mediação no direito familiar. Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo, n. 14, caderno 3. 1999.

_____. A mediação na França Hoje. **Boletim IBDFAM**. E-mail recebido em: 04/ abr./2003.

_____. **Mediação Familiar: Instrumento Transdisciplinar em Prol da Transformação dos Conflitos Decorrentes das Relações Jurídicas Controversas**, 2003. **Dissertação** (mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Direito de São Paulo, São Paulo.

BARBOZA, H. H.; GEDIEL, J. A.; FACHIN, L. E. et al. **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar. 2002.

BATESON, G. In: CARBONE, A. **Terapia Familiar Sistêmica**. **Revista de Psicologia Catharsi**. Disponível em: www.revistapsicologia.com.br, acesso em 09.06.2006.

BAUMAN, Z. Z. **Modernidade Líquida**. São Paulo: Jorge Zahar. 1999.

BELLEAU, M. C. In: BARBOSA, A. A. **Boletim IBDFAm. Comissão Mediação**. E-mail recebido em 20.07.2005.

BÍBLIA SAGRADA. livro do Gênesis, cap. 2, v.24, p. 36.

BISOL, J. **Mediação e Modernidade** - sítios para uma reflexão crítica. Disponível em: < <http://www.almed.com.br> >. Acesso em: 30/Jun./ 2001.

BONAVIDADE, P. **Curso de Direito Constitucional**. 12ªed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOSZORMENYI – NAGY & SPARK. **Lealdades invisíveis**. Buenos Aires: Amorrorto. 1983.

BOULDUING, K.E. **Conflict and Defense: A General Theory**. New York: Harper and Row, 1962.

BRAGA, A. N. **Advogados, os Conflitos e a Mediação**. São Paulo: LTR. 1999.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 1995.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1997.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1999.

BREITMAN, S.; MARODIN, M. **Uma visão Psicanalista de Situações Jurídicas Conflituosas**. Porto Alegre: Artes Médicas. 2003.

CACHAPUZ, R. R. **Mediação nos conflitos e Direito de Família**. Curitiba: Juruá. 2005.

CAETANO, M. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6. ed. tomo I. Coimbra: Almedina. 1983.

CALDAS, J. C., NETO, S. L. NUNES, A. J. A. **Perspectivas do Direito no início do século XXI**. Coimbra: Coimbra. 1999.

CAPRA, F. **A teia da vida**. São Paulo: Cultrix. 1996.

CARTER, E. **Famílias Reconstituídas: a criação de um novo paradigma**. São Paulo: Summus. 1995.

CARTER, E.; MCGOLDRICK, M. **As mudanças no Ciclo de Vida Familiar**. 5. ed. Porto Alegre: Artes Médicas. 2001.

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

CASABONA, M. B. Mediação e lei. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 62, p. 59-64, mar./2001.

COOLEY, J. W. **Advocacia na mediação**. Brasília: Universidade de Brasília. 2001. 333 p.

COUTO E SILVA, C. V. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky. 1976.

CRETELLA, J. J. **Curso de direito romano**. 2. ed. São Paulo: Forense. 1997.

CRUZ, V.A. **Sistemas Adaptativos Complexos e o Direito**. São Paulo: Fiúza, 2001.

D'ÁVILLA, M. I. N; PIRES, C. B. S. Empoderamento: uma questão atual no projeto de equidade de gênero no Brasil. **Psicologia e Sociedade**, v. 50, p. 14-21. 1998.

DAVIS, E. Mediação: um projeto inovador. **Cadernos do CEJ**. Nº 22. p. 23-53. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003.

DAVIS, G. **A conciliação na Inglaterra**. In la médiation en tous ses états. Groupe Familial 125, out./dez./1.989 Ed. Fédération Nationale des Écoles des Parents et des Éducateurs.

DEUTSCH, M. **The Resolution of Conflicts**. New Haven: Yale University Press, 1973.

DIAS, M. B.; GROENINGA, G. A mediação no confronto entre direitos e deveres. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 62, p. 59-64, mar./2001.

DOLLARD; MILLES, In: FOLBER, J.; TAYLOR, A. **Resolución de Conflictos sin litígio**. Espanha: Grupo Noriega Editores, 1984.

DORNELLES, L. M. **Mediação e formação Integral do homem**. Disponível em: <<http://www.almed.com.br>>. Acesso em: 30./Jun./2001.

FACHIN, L. E. **Direito de Família – Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 2. ed, Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar. 2003.

_____. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar. 2003.

FARIA, J. E. C. de O. **Justiça e Conflito**: Os juizes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. São Paulo: Rev Tribunais. 1992.

_____. **Qual o futuro dos direitos?** Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Rev Tribunais. 2002.

FERRI, L. **La autonomia privada**. Madri: Revista de Derecho Privado. 1969.

FISHER, R.; URY, W.; PATTON, B. **Como chegar ao sim**: negociação de acordos sem concessões. (Trad.) Vera Robeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago. 1994.

FOLBER, J.; TAYLOR, A. **Resolución de Conflictos sin litígio**. Espanha: Grupo Noriega Editores, 1984.

FOLGER, J. P., BUSH, R. A. B. **The Promise of Mediation**. EUA: Jossey-Bass Publishers, 1994.

GALANO, M. H. G. **Mediação - Uma nova mentalidade**. São Paulo: LTR, 1999.

GALLAND, S. S. J. **A arte da Comunicação Humana**. Lisboa: esquilo. 1990.

GANANCIA, D. Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da co-parentalidade. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 62, p. 07-15, mar./2001.

_____. Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da co-parentalidade. Estudo publicado pelo Lord Chancellor. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 62, p. 07-15, mar./2001.

GOMES, D. G. P. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e flexibilização da legislação trabalhista. **Revista de Direito Constitucional e internacional**, a. 11. São Paulo. Jul./Set./2003.

GOMES, O. **A Crise do Direito**. São Paulo: Max Limonad. 1955.

GRACIANO, M. M. C. A teoria biológica de Humberto Maturana e sua repercussão filosófica. Belo Horizonte. **Dissertação**. Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.ufmg.br>>. Acesso em: 24. /mar./ 2003.

GROENINGA, G. Do interesse à criança ao melhor interesse da criança – contribuições da mediação interdisciplinar. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 62, p. 72-84, mar./2001.

_____. **Um aporte interdisciplinar ao direito de família**. Disponível em: <<http://www.lbdfam.com.br>>. Acesso em: 31/mar./2003.

GRUSPUN, H. **Mediação Familiar: o mediador e a separação de casais com filhos.** São Paulo: LTR. 2004.

HAYNES, J.; MARODIN, M. **Fundamentos da Mediação Familiar.** Porto Alegre: Artmed. 1996.

HIRONAKA, G. M. F. N. Família e casamento. **Revista do Advogado.** São Paulo, n. 62, p. 16-24, mar./2001.

_____. Contrato de mediação ou corretagem. **Revista Justiça e Poder.** v. 1, n. 1, p. 21-23, 1998.

_____. **Direito Civil Brasileiro: de Clóvis Bevilacqua a Miguel Reale.** A visão Contemporânea, a transição legislativa e as tendências para o Século XXI. Disponível em: <www.mudojuridico.adv.br>. Acesso em 15/10/2005.

JAPIASSU, H. **Interdisciplinariedade e Patologia do Saber.** Rio de Janeiro: Imago, 1976

KASLOW, F. **Dinâmicas de Divórcio.** São Paulo: Psy. 1995.

KUHN, T. **A estrutura das Revoluções Científicas.** São Paulo: Perspectivas, 1975.

LALANDE, A. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia.** São Paulo: Martins Fontes. 1993.

LÔBO, P. L. N. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus.** Disponível em www.mundojuridico.adv.br, acesso em 12.03.2006.

MARODIN, M. **Clínica de Psicoterapia e Instituto de Mediação.** [2003].sem publicação.

-----http://www.forumsocialmundial.org.br/dinamic.php?pagina=of_mediacao_por. Acesso em 08.06.2006.

MARTINS, D. B. **A Mediação no Processo de Democratização do Estado.** Rio de Janeiro, São Paulo e Fortaleza: ABC. 2003.

MATURANA, H. **Emoção e linguagem na educação e na política**. Belo Horizonte: UFMG. 1999.

MOORE, C. W. **O processo de mediação**. Porto Alegre: ArtMed. 1998.

MOURRET, J. *Medation Familiare – Une Culture de Paix*. França: Ateliers de la licorne, 1996, p. 37. In: BARBOSA, Á. A. Clínica do Direito. **Revista do Advogado**, p. 41-49. 2001.

MUNIZ, P. R. G. **A Mediação e Arbitragem no Brasil**. São Paulo: LTR. 1999.

NUNES, R. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 1999.

NAZARETH, E. R. Psicanálise e mediação – Meios ativos de ação. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 62, p. 59-64, mar./2001.

NEVARES, A. L. M. **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

OLIARI, A. L. T. **Apostila Teoria Sistêmica**. [2003]. Sem publicação.

OLIVEIRA, E. O Percurso entre o Conflito e a Sentença nas Questões de Família. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 62, p. 101-108, mar./2001.

PEREIRA, P. A nova família. **Revista época**. v. 293, p. 82-89, 29/12/2003,

PEREIRA, R. C. Direito de família e psicanálise – uma prática interdisciplinar. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 62, p. 25-33, mar./2001.

PERLINGIERI, P. **Perfis do Direito Civil** – Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar. 2002.

PESSOA, F. **Livro do desassossego**. São Paulo: Brasiliense, 1995.

PINO, A. **Diritto di famiglia**. Padova: CEDAM. 1998.

PINTO, A. C. R. G. O Conflito familiar na Justiça – Mediação e o exercício dos papéis. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 62, p. 64-72, mar./2001.

POLANCZYK, T. V. **Diferenças entre intervenções sob o enfoque do Direito, da Mediação e da Psicoterapia**. [2003]. sem publicação

PONIEMAN, A. **Advocacia: uma missão impossível**. São Paulo: LTR. 1999.

RÁO, V. **O direito e a vida dos direitos**. V. 2. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REALE, M. Privatização da Justiça. **Jornal O Estado de São Paulo**, ed. 05/10/96, p. A-2.

ROCHA, A. S. **A mediação e o Direito do Consumido**. [s.l.], 2003.

ROMAO, J. E. E. **Direito e democracia no Brasil**: A mediação entre faticidade, validade, tupinambas, gringos e orixas. Brasília. Dissertação de Mestrado: Unb. 2003. 206 f.

RUMMEL, In: FOLBER, J.; TAYLOR, A. **Resolución de Conflictos sin litigio**. Espanha: Grupo Noriega Editores, 1984.

SALES, L. M. M. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.

SALES, L. M. M.; BRAGA, A. N. et. al. **Estudos sobre mediação e arbitragem**. Fortaleza: ABC. 2003.

SALVADOR, M. J. G. **Contrato de Mediação**. Lisboa: Livraria dos Advogados. 1964.

SANTOS, L. J. Uma reflexão necessária. Conflitos familiares e o exercício da advocacia. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 62, p. 33-41, mar./2001.

SARAMAGO, J. **O direito e o sinos**. Perspectivas do direito no início do século XXI. Coimbra: Coimbra. 1999.

SCALISI, V. SCALISI, V. *Personas humana e successuini*, p.140, In: NEVARES, **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

SCHABBEL, C. M. **Mediação Escolar de Pares**. São Paulo: WHH. 2002.

_____. **Mediação**. [2002]. Sem publicação

_____. Relações familiares na Separação Conjugal: contribuições da mediação. **Revista de Psicologia**. Faculdade Mackenzie, v. 7, a. 1. 2005.

SCHNITMAN. Novos paradigmas na resolução de conflitos. In: SALES, L. M. M. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 29.

SERPA, M. de N. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 1999.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros. 1996.

SOARES, M. A. S. Sistema Jurídico e Teoria Geral dos Sistemas – Aulas do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior nos dias 12, 14, 16/03/1973 – Apostila do Curso de Extensão Universitária da Associação dos Advogados de São Paulo. **Revista Jurídica da Unifil**, a. I, n. I. 2004.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.

_____. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.

TEPEDINO, G. **Temas de Direito Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro:Renovar. 1999.

_____. O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 07. Editorial, p. iv.
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Serviço de Mediação Familiar. 2001.

VANDERBILT, A.T. **The Challenge of Law Reform**. Princeton: Princeton University Press. 1955.

VARELLI. **La mediazione**. Napoli: Casa Editrice Dott Eugênio Jovene. 1953.

VEZZULLA, J. C. **A mediação**. O mediador. A justiça e outros conceitos. São Paulo: LTR. 1999.

VICENTINO, C. **História Geral**. 5. ed. São Paulo: Scipione. 1994.

VILLELA, J. B. Repensando o direito de família. Belo Horizonte. **Anais**. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA-IBFAM. 1. 1999

WARAT, L. A. **A mediação**. Disponível em: <[http:// www. almed.com.br](http://www.almed.com.br)> Acesso em: 30/Jun./2001.

_____. A mediação e a teoria do conflito. **Scientia iuris**. Londrina, v.5. 1998- 2000.

_____. (Org.). **Em nome do acordo: a mediação no Direito**. Ecologia, psicanálise e mediação. Buenos Aires: Almed, 1998.

_____. **Mediação, Negociação e Arbitragem empresarial no Mercosul**. Disponível em: <[http:// www. almed.com.br](http://www.almed.com.br)>. Acesso em: 30/ jun./2001.

WATANABE, K. Mediação: um projeto inovador. **Cadernos do CEJ**. Nº 22. p. 53-60. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003.

WATZLAWIK, P. **Pragmática da Comunicação Humana**. Um estudo dos Padrões, patologias e paradoxos da Interação. (Trad.) Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix. 1993.

WICHROWSKI, T. B. Mediação: um fundamento da Autonomia privada com fundamento no princípio da confiança. **Dissertação** (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2002.

WOLKMER, A. C. **Pluralismo jurídico**: novo paradigma de legitimação. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 10/11/2005.

_____. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3º ed. São Paulo: editora Alfa-Omega, 2001.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ANEXOS

ANEXO I
“O Direito e os Sinos”
José Saramago

ANEXO I – “O Direito e os Sinos” José Saramago

“Começarei por vos contar em brevíssimas palavras um facto notável da vida camponesa ocorrido numa aldeia dos arredores de Florença há mais de quatrocentos anos. Permito-me pedir toda a vossa atenção para este importante acontecimento histórico porque, ao contrário do que é corrente, a lição moral extraível do episódio não terá de esperar o fim do relato, saltar-vos-á ao rosto não tarda.

Estavam os habitantes nas suas casas ou a trabalhar nos cultivos, entregue cada um aos seus afazeres e cuidados, quando de súbito se ouviu soar o sino da igreja. Naqueles piedosos tempos (estamos a falar de algo sucedido no século XVI) os sinostocavam várias vezes ao longo do dia, e por esse lado não deveria haver motivo de estranheza, porém aquele sino dobrava melancolicamente a finados, e isso, sim, era surpreendente, uma vez que não constava que alguém da aldeia se encontrasse em vias de passamento. Saíram portanto as mulheres à rua, juntaram-se as crianças, deixaram os homens as lavouras e os mesteres, e em pouco tempo estavam todos reunidos no adro da igreja, à espera de que lhes dissessem a quem deveriam chorar. O sino ainda tocou por alguns minutos mais, finalmente calou-se. Instantes depois a porta abria-se e um camponês aparecia no limiar. Ora, não sendo este o homem encarregado de tocar habitualmente o sino, compreende-se que os vizinhos lhe tenham perguntado onde se encontrava o sineiro e quem era o morto. "O sineiro não está aqui, eu é que toquei o sino", foi a resposta do camponês. "Mas então não morreu ninguém?", tornaram os vizinhos, e o camponês respondeu: "Ninguém que tivesse nome e figura de gente, toquei a finados pela Justiça porque a Justiça está morta."

Que acontecera? Acontecera que o ganancioso senhor do lugar (algum conde ou marquês sem escrúpulos) andava desde há tempos a mudar de sítio os marcos das extremas das suas terras, metendo-os para dentro da pequena parcela do camponês, mais e mais reduzida a cada avançada. O lesado tinha começado por protestar e reclamar, depois implorou compaixão, e finalmente resolveu queixar-se às autoridades e acolher-se à protecção da justiça. Tudo sem resultado, a expoliação continuou. Então, desesperado, decidiu anunciar urbi et orbi (uma aldeia tem o exacto tamanho do mundo para quem sempre nela viveu) a morte da Justiça.

Talvez pensasse que o seu gesto de exaltada indignação lograria comover e pôr a tocar todos os sinos do universo, sem diferença de raças, credos e costumes, que todos eles, sem excepção, o acompanhariam no dobre a finados pela morte da Justiça, e não se calariam até que ela fosse ressuscitada. Um clamor tal, voando de casa em casa, de aldeia em aldeia, de cidade em cidade, saltando por cima das fronteiras, lançando pontes sonoras sobre os rios e os mares, por força haveria de acordar o mundo adormecido... Não sei o que sucedeu depois, não sei se o braço popular foi ajudar o camponês a repor as estremas nos seus sítios, ou se os vizinhos, uma vez que a Justiça havia sido declarada defunta, regressaram resignados, de cabeça baixa e alma sucumbida, à triste vida de todos os dias. É bem certo que a História nunca nos conta tudo...

Suponho ter sido esta a única vez que, em qualquer parte do mundo, um sino, uma campânula de bronze inerte, depois de tanto haver dobrado pela morte de seres humanos, chorou a morte da Justiça. Nunca mais tornou a ouvir-se aquele fúnebre dobre da aldeia de Florença, mas a Justiça continuou e continua a morrer todos os dias. Agora mesmo, neste instante em que vos falo, longe ou aqui ao lado, à porta da nossa casa, alguém a está matando. De cada vez que morre, é como se afinal nunca tivesse existido para aqueles que nela tinham confiado, para aqueles que dela esperavam o que da Justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça. Não a que se envolve em túnicas de teatro e nos confunde com flores de vã retórica judicialista, não a que permitiu que lhe vendassem os olhos e viciassem os pesos da balança, não a da espada que sempre corta mais para um lado que para o outro, mas uma justiça pedestre, uma justiça companheira quotidiana dos homens, uma justiça para quem o justo seria o mais exacto e rigoroso sinónimo do ético, uma justiça que chegasse a ser tão indispensável à felicidade do espírito como indispensável à vida é o alimento do corpo. Uma justiça exercida pelos tribunais, sem dúvida, sempre que a isso os determinasse a lei, mas também, e sobretudo, uma justiça que fosse a emanção espontânea da própria sociedade em acção, uma justiça em que se manifestasse, como um iniludível imperativo moral, o respeito pelo direito a ser que a cada ser humano assiste.

Mas os sinos, felizmente, não tocavam apenas para planger aqueles que morriam. Tocavam também para assinalar as horas do dia e da noite, para chamar à festa ou à devoção dos crentes, e houve um tempo, não tão distante assim, em que o seu toque a rebate era o que convocava o povo para acudir às catástrofes, às cheias e

aos incêndios, aos desastres, a qualquer perigo que ameaçasse a comunidade. Hoje, o papel social dos sinos encontra-se limitado ao cumprimento das obrigações rituais e o gesto iluminado do camponês de Florença seria visto como obra desatinada de um louco ou, pior ainda, como simples caso de polícia. Outros e diferentes são os sinos que hoje defendem e afirmam a possibilidade, enfim, da implantação no mundo daquela justiça companheira dos homens, daquela justiça que é condição da felicidade do espírito e até, por mais surpreendente que possa parecer-nos, condição do próprio alimento do corpo. Houvesse essa justiça, e nem um só ser humano mais morreria de fome ou de tantas doenças que são curáveis para uns, mas não para outros. Houvesse essa justiça, e a existência não seria, para mais de metade da humanidade, a condenação terrível que objectivamente tem sido. Esses sinos novos cuja voz se vem espalhando, cada vez mais forte, por todo o mundo são os múltiplos movimentos de resistência e acção social que pugnam pelo estabelecimento de uma nova justiça distributiva e comutativa que todos os seres humanos possam chegar a reconhecer como intrinsecamente sua, uma justiça protectora da liberdade e do direito, não de nenhuma das suas negações. Tenho dito que para essa justiça dispomos já de um código de aplicação prática ao alcance de qualquer compreensão, e que esse código se encontra consignado desde há cinquenta anos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aquelas trinta direitos básicos e essenciais de que hoje só vagamente se fala, quando não sistematicamente se silencia, mais desprezados e conspurcados nestes dias do que o foram, há quatrocentos anos, a propriedade e a liberdade do camponês de Florença. E também tenho dito que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tal qual se encontra redigida, e sem necessidade de lhe alterar sequer uma vírgula, poderia substituir com vantagem, no que respeita a rectidão de princípios e clareza de objectivos, os programas de todos os partidos políticos do orbe, nomeadamente os da denominada esquerda, anquilosados em fórmulas caducas, alheios ou impotentes para enfrentar as realidades brutais do mundo actual, fechando os olhos às já evidentes e temíveis ameaças que o futuro está a preparar contra aquela dignidade racional e sensível que imaginávamos ser a suprema aspiração dos seres humanos. Acrescentarei que as mesmas razões que me levam a referir-me nestes termos aos partidos políticos em geral, as aplico por igual aos sindicatos locais, e, em consequência, ao movimento sindical internacional no seu conjunto.

De um modo consciente ou inconsciente, o dócil e burocratizado sindicalismo que hoje nos resta é, em grande parte, responsável pelo adormecimento social decorrente do processo de globalização económica em curso. Não me alegra dizê-lo, mas não poderia calá-lo. E, ainda, se me autorizam a acrescentar algo da minha lavra particular às fábulas de La Fontaine, então direi que, se não intervirmos a tempo, isto é, já, o rato dos direitos humanos acabará por ser implacavelmente devorado pelo gato da globalização económica.

E a democracia, esse milenário invento de uns atenienses ingénuos para quem ela significaria, nas circunstâncias sociais e políticas específicas do tempo, e segundo a expressão consagrada, um governo do povo, pelo povo e para o povo? Ouço muitas vezes argumentar a pessoas sinceras, de boa fé comprovada, e a outras que essa aparência de benignidade têm interesse em simular, que, sendo embora uma evidência indesmentível o estado de catástrofe em que se encontra a maior parte do planeta, será precisamente no quadro de um sistema democrático geral que mais probabilidades teremos de chegar à consecução plena ou ao menos satisfatória dos direitos humanos. Nada mais certo, sob condição de que fosse efectivamente democrático o sistema de governo e de gestão da sociedade a que actualmente vimos chamando democracia. E não o é. É verdade que podemos votar, é verdade que podemos, por delegação da partícula de soberania que se nos reconhece como cidadãos eleitores e normalmente por via partidária, escolher os nossos representantes no parlamento, é verdade, enfim, que da relevância numérica de tais representações e das combinações políticas que a necessidade de uma maioria vier a impor sempre resultará um governo. Tudo isto é verdade, mas é igualmente verdade que a possibilidade de acção democrática começa e acaba aí. O eleitor poderá tirar do poder um governo que não lhe agrada e pôr outro no seu lugar, mas o seu voto não teve, não tem, nem nunca terá qualquer efeito visível sobre a única e real força que governa o mundo, e portanto o seu país e a sua pessoa: refiro-me, obviamente, ao poder económico, em particular à parte dele, sempre em aumento, gerida pelas empresas multinacionais de acordo com estratégias de domínio que nada têm que ver com aquele bem comum a que, por definição, a democracia aspira. Todos sabemos que é assim, e contudo, por uma espécie de automatismo verbal e mental que não nos deixa ver a nudez crua dos factos, continuamos a falar de democracia como se se tratasse de algo vivo e actuante, quando dela pouco mais nos resta que um conjunto de formas ritualizadas, os inócuos passes e os

gestos de uma espécie de missa laica. E não nos apercebemos, como se para isso não bastasse ter olhos, de que os nossos governos, esses que para o bem ou para o mal elegemos e de que somos portanto os primeiros responsáveis, se vão tornando cada vez mais em meros "comissários políticos" do poder económico, com a objectiva missão de produzirem as leis que a esse poder convierem, para depois, envolvidas no açúcar da publicidade oficial e particular interessada, serem introduzidas no mercado social sem suscitar demasiados protestos, salvo os certas conhecidas minorias eternamente descontentes...

Que fazer? Da literatura à ecologia, da fuga das galáxias ao efeito de estufa, do tratamento do lixo às congestões do tráfego, tudo se discute neste nosso mundo. Mas o sistema democrático, como se de um dado definitivamente adquirido se tratasse, intocável por natureza até à consumação dos séculos, esse não se discute. Ora, se não estou em erro, se não sou incapaz de somar dois e dois, então, entre tantas outras discussões necessárias ou indispensáveis, é urgente, antes que se nos torne demasiado tarde, promover um debate mundial sobre a democracia e as causas da sua decadência, sobre a intervenção dos cidadãos na vida política e social, sobre as relações entre os Estados e o poder económico e financeiro mundial, sobre aquilo que afirma e aquilo que nega a democracia, sobre o direito à felicidade e a uma existência digna, sobre as misérias e as esperanças da humanidade, ou, falando com menos retórica, dos simples seres humanos que a compõem, um por um e todos juntos. Não há pior engano do que o daquele que a si mesmo se engana. E assim é que estamos vivendo.

Não tenho mais que dizer. Ou sim, apenas uma palavra para pedir um instante de silêncio. O camponês de Florença acaba de subir uma vez mais à torre da igreja, o sino vai tocar. Ouçamo-lo, por favor. “

ANEXO II
Código de Ética dos Mediadores

ANEXO II – Código de Ética dos Mediadores

Introdução

A credibilidade da MEDIAÇÃO no Brasil, como processo eficaz para solução de controvérsias, vincula-se diretamente ao respeito que os Mediadores vierem a conquistar, por meio de um trabalho de alta qualidade técnica, embasado nos mais rígidos princípios éticos.

A Mediação transcende à solução da controvérsia, dispondo-se a transformar um contexto adversarial em colaborativo. É um processo confidencial e voluntário, onde a responsabilidade das decisões cabe às partes envolvidas. Difere da negociação, da conciliação e da arbitragem, constituindo-se em uma alternativa ao litígio e também um meio para resolvê-lo.

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

A prática da Mediação requer conhecimento e treinamento específico de técnicas próprias, devendo o Mediador qualificar-se e aperfeiçoar-se, melhorando continuamente suas atitudes e suas habilidades profissionais. Deve preservar a ética e a credibilidade do instituto da Mediação por meio de sua conduta.

Nas declarações públicas e atividades promocionais o Mediador deve restringir-se a assuntos que esclareçam e informem o público por meio de mensagens de fácil entendimento.

Com freqüência, os Mediadores também têm obrigações frente a outros códigos éticos (de advogados, terapeutas, contadores, entre outros). Este CÓDIGO adiciona critérios específicos a serem observados pelos profissionais no

desempenho da Mediação. No caso de profissionais vinculados a instituições ou entidades especializadas somam-se suas normativas a este instrumento.

I. Autonomia da vontade das partes

A Mediação fundamenta-se na autonomia da vontade das partes, devendo o Mediador centrar sua atuação nesta premissa.

O caráter voluntário do processo da Mediação, garante o poder das partes de administrá-lo, estabelecer diferentes procedimentos e a liberdade de tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo

II. Princípios fundamentais:

O Mediador pautará sua conduta nos seguintes princípios: Imparcialidade, Credibilidade, Competência, Confidencialidade, e Diligência.

Imparcialidade - condição fundamental ao Mediador; não pode existir qualquer conflito de interesses ou relacionamento capaz de afetar sua imparcialidade; deve procurar compreender a realidade dos mediados, sem que nenhum preconceito ou valores pessoais venham a interferir no seu trabalho.

Credibilidade - O Mediador deve construir e manter a credibilidade perante as partes, sendo independente, franco e coerente.

Competência - a capacidade para efetivamente mediar a controvérsia existente. Por isso o Mediador somente deverá aceitar a tarefa quando tiver as qualificações necessárias para satisfazer as expectativas razoáveis das partes.

Confidencialidade - os fatos, situações e propostas, ocorridos durante a Mediação, são sigilosos e privilegiados. Aqueles que participarem do processo devem obrigatoriamente manter o sigilo sobre todo conteúdo a ele referente, não podendo ser testemunhas do caso, respeitado o princípio da autonomia da vontade das partes, nos termos por elas convencionados, desde que não contrarie a ordem pública.

Diligência - cuidado e a prudência para a observância da regularidade, assegurando a qualidade do processo e cuidando ativamente de todos os seus princípios fundamentais.

III. Do Mediador frente à sua nomeação:

1. Aceitará o encargo somente se estiver imbuído do propósito de atuar de acordo com os Princípios Fundamentais estabelecidos e Normas Éticas, mantendo íntegro o processo de Mediação.
2. Revelará, antes de aceitar a indicação, interesse ou relacionamento que possa afetar a imparcialidade, suscitar aparência de parcialidade ou quebra de independência, para que as partes tenham elementos de avaliação e decisão sobre sua continuidade.
3. Avaliará a aplicabilidade ou não de Mediação ao caso.
4. Obrigar-se-á, aceita a nomeação, a seguir os termos convencionados.

IV. Do Mediador frente às partes

A escolha do Mediador pressupõe relação de confiança personalíssima, somente transferível por motivo justo e com o consentimento expresso dos mediados, e para tanto deverá:

1. Garantir às partes a oportunidade de entender e avaliar as implicações e o desdobramento do processo e de cada item negociado nas entrevistas preliminares e no curso da Mediação;
2. Esclarecer quanto aos honorários, custas e forma de pagamento.
3. Utilizar a prudência e a veracidade, abstendo-se de promessas e garantias a respeito dos resultados;
4. Dialogar separadamente com uma parte somente quando for dado o conhecimento e igual oportunidade à outra;
5. Esclarecer a parte, ao finalizar uma sessão em separado, quais os pontos sigilosos e quais aqueles que podem ser do conhecimento da outra parte;
6. Assegurar-se que as partes tenham voz e legitimidade no processo, garantindo assim equilíbrio de poder;

7. Assegurar-se de que as partes tenham suficientes informações para avaliar e decidir;
8. Recomendar às partes uma revisão legal do acordo antes de subscrevê-lo.
9. Eximir-se de forçar a aceitação de um acordo e/ou tomar decisões pelas partes.
10. Observar a restrição de não atuar como profissional contratado por qualquer uma das partes, para tratar de questão que tenha correlação com a matéria mediada.

V. Do Mediador frente ao processo

O Mediador deverá:

1. Descrever o processo da Mediação para as partes;
2. Definir, com os mediados, todos os procedimentos pertinentes ao processo;
3. Esclarecer quanto ao sigilo;
4. Assegurar a qualidade do processo, utilizando todas as técnicas disponíveis e capazes de levar a bom termo os objetivos da Mediação;
5. Zelar pelo sigilo dos procedimentos, inclusive no concernente aos cuidados a serem tomados pela equipe técnica no manuseio e arquivamento dos dados;
6. Sugerir a busca e/ou a participação de especialistas na medida que suas presenças se façam necessárias a esclarecimentos para a manutenção da equanimidade;
7. Interromper o processo frente a qualquer impedimento ético ou legal;
8. Suspender ou finalizar a Mediação quando concluir que sua continuação possa prejudicar qualquer dos mediados ou quando houver solicitação das partes;
9. Fornecer às partes, por escrito, as conclusões da Mediação, quando por elas solicitado.

VI. Do Mediador frente à instituição ou entidade especializada

O Mediador deverá:

1. Cooperar para a qualidade dos serviços prestados pela instituição ou entidade especializada;
2. Manter os padrões de qualificação de formação, aprimoramento e especialização exigidos pela instituição ou entidade especializada;
3. Acatar as normas institucionais e éticas da profissão;
4. Submeter-se ao Código e ao Conselho de Ética da instituição ou entidade especializada, comunicando qualquer violação às suas normas.

ANEXO III
Projeto Lei 4827/98

ANEXO III – Projeto Lei 4827/98

Projeto de Lei nº 4.827/1998, institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos.

Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Para os fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceira pessoa, que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos.

Parágrafo único. É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação, ou acordo de outra ordem, para os fins que consinta a lei civil ou penal.

Art. 2º Pode ser mediador qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito.

§ 1º Pode sê-lo também a pessoa jurídica que, nos termos do objeto social, se dedique ao exercício da mediação por intermédio de pessoas físicas que atendam às exigências deste artigo.

§ 2º No desempenho de sua função, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo.

Art. 3º A mediação é judicial ou extrajudicial, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele.

Art. 4º Em qualquer tempo e grau de jurisdição, pode o juiz buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem a mediação extrajudicial, ou, com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até três meses, prorrogável por igual período.

Parágrafo único. O mediador judicial está sujeito a compromisso, mas pode escusar-se ou ser recusado por qualquer das partes, em cinco dias da designação, aplicando-se-lhe, no que caibam, as normas que regulam a responsabilidade e a remuneração dos peritos.

Art. 5º Ainda que não exista processo, obtido acordo, este poderá, a requerimento das partes, ser reduzido a termo e homologado por sentença, que valerá como título executivo judicial ou produzirá os outros efeitos jurídicos próprios de sua matéria.

Art. 6º Antes de instaurar processo, o interessado pode requerer ao juiz que, sem antecipar-lhe os termos do conflito e de sua pretensão eventual, mande intimar a parte contrária para comparecer a audiência de tentativa de conciliação ou mediação. A distribuição do requerimento não previne o juízo, mas interrompe a prescrição e impede a decadência.

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

ANEXO IV
Anteprojeto Prof^a Ada Pelegrini Grinover

ANEXO IV – Anteprojeto – Profª Ada Pellegrini Grinover

PROJETO DE LEI DE MEDIAÇÃO

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

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I - MODALIDADES DE MEDIAÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO II - SEÇÃO I - DA MEDIAÇÃO PRÉVIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 5 A mediação prévia extrajudicial, a critério dos interessados, ficará a cargo de mediador independente ou de instituição especializada em mediação.

Parágrafo único. Para os fins do inciso IX do art. 6 o desta lei, os mediadores independentes e as instituições especializadas em mediação deverão estar cadastrados junto ao Tribunal de Justiça (art. 17).

SEÇÃO II- DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL

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

I – na ação de interdição;

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

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

IV – no inventário e no arrolamento;

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

VI – na ação de retificação de registro público;

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

VIII – na ação cautelar; e

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

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

§1 o Havendo pedido de liminar, a mediação terá curso após a respectiva decisão.

§2 A interposição de recurso contra a decisão liminar não prejudica o processo de mediação.

Art. 8 A petição inicial será remetida pelo juiz distribuidor ao mediador judicial sorteado.

Art. 9 Cabe ao mediador judicial intimar as partes, por qualquer meio eficaz de comunicação, designando dia, hora e local para seu comparecimento, acompanhados dos respectivos advogados.

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

§2 As partes, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial, desde que registrado ou cadastrado junto ao Tribunal de Justiça (arts 16 e 17).

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

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

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

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

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

§3 Decorridos noventa dias da data do início da mediação sem que tenha sido encerrado o respectivo procedimento, com a obtenção ou não da transação, poderá qualquer das partes solicitar a retomada do processo judicial.

CAPÍTULO III - DOS MEDIADORES

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

I – os advogados com pelo menos três anos de efetivo exercício de profissão jurídica, capacitados, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores, na forma deste Capítulo; e

II – os co-mediadores, capacitados, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores, na forma deste Capítulo.

Art. 12. Consideram-se mediadores extrajudiciais, para os fins desta lei, as instituições especializadas em mediação e os mediadores independentes.

Parágrafo único. As instituições especializadas em mediação e os mediadores independentes somente precisarão estar inscritos no Cadastro de Mediadores Extrajudiciais, previsto neste capítulo, para atuarem na mediação incidental e para os fins de que trata o inciso IX do art. 6 o desta lei.

Art. 13. Na mediação paraprocessual de que trata esta lei, os mediadores judiciais ou extrajudiciais são considerados auxiliares da justiça.

Parágrafo único. Quando no exercício de suas funções, e em razão delas, os mediadores ficam equiparados aos funcionários públicos para os efeitos da legislação penal.

Art. 14. No desempenho de sua função o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade, vedada a prestação de qualquer informação ao juiz.

Parágrafo único. Caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Tribunal de Justiça e às instituições especializadas em mediação, devidamente cadastradas a formação e seleção de mediadores, para o que serão implantados cursos apropriados, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo.

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

§1 A co-mediação será obrigatória nas controvérsias que versem sobre Direito de Família, devendo dela sempre participar psiquiatra, psicólogo ou assistente social.

§2 O Tribunal de Justiça selecionará, como co-mediadores, profissionais indicados por instituições especializadas em mediação ou por órgãos profissionais oficiais, devidamente capacitados e credenciados.

Art. 16. O Tribunal de Justiça local manterá um Registro de Mediadores Judiciais, contendo a relação atualizada de todos os mediadores habilitados a atuar no âmbito do Estado, por área profissional.

§1 Aprovado no curso de formação e seleção, o mediador, com o certificado respectivo, requererá inscrição no Registro de Mediadores Judiciais no Tribunal de Justiça local.

§2 Do Registro de Mediadores Judiciais constarão todos os dados relevantes referentes à atuação do mediador, segundo os critérios fixados pelo Tribunal de Justiça local.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§3 O processo administrativo para averiguação de conduta inadequada do mediador advogado, instaurado de ofício ou mediante representação, seguirá o procedimento previsto no Título III da Lei 8.906 de 4 de julho de 1994, podendo a Ordem dos Advogados do Brasil aplicar desde a pena de advertência até a de exclusão do Registro de Mediadores, tudo sem prejuízo de, verificada também infração ética, promover a entidade as medidas de que trata a referida Lei.

Art. 20. Será excluído do Registro ou do Cadastro de Mediadores aquele que:

- I – assim o solicitar ao Tribunal de Justiça, independentemente de justificação;
- II – agir com dolo ou culpa na condução da mediação sob sua responsabilidade;
- III – violar os princípios de confidencialidade e neutralidade;
- IV – funcionar em procedimento de mediação mesmo sendo impedido;

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

Art. 21. Não será admitida a atuação do mediador nos termos do artigo 134 do Código de Processo Civil.

Parágrafo único. No caso de impedimento, o mediador devolverá os autos ao distribuidor, que sorteará novo mediador; se a causa de impedimento for apurada quando já iniciada a mediação, o mediador interromperá sua atividade, lavrará ata com o relatório do ocorrido e solicitará sorteio de novo mediador.

Art. 22. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o mediador informará o fato ao Tribunal de Justiça para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não lhe sejam feitas novas distribuições.

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

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

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

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

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

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

Art. 26. O art. 331 e parágrafos da Lei n.º 5.869, de 1.973, Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

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

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

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

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

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

§5 Obtido o acordo, será reduzido a termo e homologado pelo juiz.

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

Art. 27. Fica acrescentado à Lei n o 5.869, de 1.973, Código de Processo Civil, o art. 331- A, com a seguinte redação:

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

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

Art. 29. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, de de 2004, 183 o da Independência e 116 o da República.

ANEXO V

Resolução 11/01 – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

ANEXO V – Resolução 11/01 – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no uso de suas atribuições,

CONSIDERANDO a experiência vitoriosa em diversos países com a utilização de métodos alternativos e não adversariais de resolução de conflitos interpessoais, entre eles a mediação, inclusive no campo do Direito de Família;

CONSIDERANDO que, não raro, as soluções encontradas por esse meio mostram-se menos traumatizantes para as partes, pois as posições antagônicas são harmonizadas, não havendo quem ganhe ou quem perca (Juiz Guilherme de Loureiro, “A Mediação como forma alternativa de solução de conflitos”, RT 751/94);

CONSIDERANDO que a mediação se revela extremamente útil sobretudo nos conflitos conjugais, quando esgotada a possibilidade de reconciliação;

CONSIDERANDO a necessidade de equipar os Fóruns, Casas da Cidadania e Unidades Judiciais instaladas em Universidades, com aparelhamento mínimo que possibilite a atuação mediadora;

CONSIDERANDO a conveniência de estruturar e divulgar o serviço de mediação familiar;

CONSIDERANDO a conveniência de incorporar o trabalho dos Assistentes Sociais do Poder Judiciário na prática das mediações,

RESOLVE:

Art. 1º - Recomendar aos Juízes das Varas de Família a instituição do Serviço de Mediação Familiar, com a participação efetiva de Assistente Social integrante do quadro do Poder Judiciário e de instituições, órgãos de comunidade e outros técnicos (Psicólogos, Pedagogos, Advogados, dentre outros), que se mostrem interessados em cooperar, de forma gratuita, na implantação e execução desse serviço.

Parágrafo único – O Serviço de Mediação Familiar poderá ser implantado nas dependências de Fóruns, nas Casas de Cidadania e, mediante, convênio, nas Universidades ou outras instituições congêneres.

Art. 2º - Tendo em vista que o mediador cuida das relações emocionais,

psicológicas, sociais, econômicas e jurídicas dos conflitos, convém estruturar a equipe com caráter interdisciplinar, apta a desenvolver o trabalho sob todos esses aspectos.

Art. 3º - Envolvendo os conflitos familiares questões complexas, o mediador deve ser escolhido, preferencialmente, entre portadores de diplomas de curso superior ou que estejam cursando universidades, especialmente nas áreas psicossocial e jurídica.

Art. 4º - Para implantação e execução do Serviço de Mediação Familiar, o Tribunal de Justiça disponibilizará aos interessados, para consulta, o projeto “Serviço de Mediação Familiar”, de sua Assessoria Psicossocial, o qual poderá ser adaptado às peculiaridades da Comarca.

Art. 5º - A forma de capacitação dos mediadores familiares será definida pelo Poder Judiciário, que poderá celebrar, com tal finalidade, os convênios que julgar necessários.

Art. 6º - Os recursos para instituição do serviço de mediação familiar poderão advir de convênios firmados com órgãos governamentais e não governamentais.

Art. 7º - O serviço de mediação familiar manterá banco de dados e cadastro atualizado dos acordos efetuados.

Art. 8º - O serviço em causa e os acordos que efetuar velarão pela observância dos princípios da proteção integral da criança e do adolescente nos termos preconizados pelo respectivo Estatuto.

Art. 9º - Os serviços de mediação serão desenvolvidos e operados em regime de sigilo, para resguardo do interesse das partes, sendo impedidos de testemunhar em audiências os que nele tiverem atuação efetiva.

Art. 10 – Os acordos firmados entre as partes através do Serviço de Mediação Familiar, serão reduzidos a termo, subscritos por duas testemunhas e submetidos à homologação judicial.

Art. 11 – Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Florianópolis, 20 de setembro de 2001.

FRANCISCO XAVIER MEDEIROS VIEIRA
Presidente

ANEXO VI
Entrevistas

ANEXO VI – Entrevistas

Entrevistas realizadas no ano de 2006 a três profissionais de áreas distintas atuantes na prática da mediação. A primeira – Águida Arruda Barbosa - é advogada e presidente do núcleo de Mediação do IBDFAM; a segunda trata-se de Salete Coser, psicóloga forense na cidade de Londrina. Por fim, a americana Lynn Jacob, assistente social, mediadora e Coordenadora do Departamento de Divórcio do Chicago Center for Family Health – Universidade de Chicago, Estados Unidos.

Águida Arruda Barbosa

Advogada, Mediadora, Mestre em Direito pela USP e Doutoranda em direito pela USP. Presidente do Núcleo de Mediação do IBDFAM.

1. Quais os resultados da mediação de conflitos nos casos em que a senhora tem atendido?

Os resultados são muito significativos, vistos como transformação da ótica do conflito. Às vezes há acordos bem construídos, outras vezes, os mediados vão ao Judiciário, buscar a lógica da sentença, mas com outra expectativa. O importante é notar que há mudança de comportamento.

2. Como tem sido a procura (demanda) pela mediação?

Ainda chega mais pela via advocacia, para a lógica do litígio ou da conciliação. No meu caso eu logo proponho o trabalho da mediação, que normalmente as pessoas não conhecem. Uso muito, também, requerer ao juiz que marque uma audiência pelo 331 CPC informando que pretendo realizar um trabalho de mediação. Há juizes que concordam porque não entendem, e outros desejam conhecer.

3. Como tem sido a reação dos profissionais do direito – advogados e juizes – ante à prática da mediação em seus casos?

Os advogados se sentem muito ameaçados, achando que vão tirar o cliente deles. Os juizes começam a procurar cursos de mediação, como no Acre, onde Giselle e

eu fomos dar um curso na Escola da Magistratura, com a participação de muitos juizes. Penso que já houve uma grande melhora da condição do instituto.

4. Em sua opinião, qual a perspectiva futura da mediação no cenário jurídico brasileiro?

A mediação não tem volta. É uma tendência moderna de países desenvolvidos, como na comunidade europeia e no Canadá, com resultados na construção de uma ética, um comportamento.

Salete Coser

Psicóloga Forense na Comarca de Londrina-PR. Mediadora. Especialista em Terapia de Casal e Família e Terapia Comunitária.

1. Quais os resultados da mediação de conflitos nos casos em que a senhora tem atendido?

alguns tem sido frutíferos, outros, não. Quando consigo fazer a pessoa entender que ela própria tem condição de resolver o conflito, a situação fica mais fácil. Outra dificuldade é quando existem fortes sentimentos não resolvidos entre as partes que estão litigando

2. Como tem sido a procura (demanda) pela mediação?

Pouca, normalmente a proposta é minha ou do Juiz.

3. Como tem sido a reação dos profissionais do direito – advogados e juizes – ante à prática da mediação em seus casos?

Quando são mais conscientes, entendem e concordam. Entretanto, quando são pessoas naturalmente mais combativas, vêem a iniciativa como uma intromissão em seu trabalho.

4. Em sua opinião, qual a perspectiva futura da mediação no cenário jurídico brasileiro?

Com certeza, o que existe é a necessidade de maior divulgação da proposta junto, principalmente, aos meios universitários e jovens advogados.

Lynn Jacob

Mestre em Serviço Social. Especialista em Terapia de Casal e Família. Mediadora em Divórcio. Presidente da Academia Americana de Mediação Familiar (1994-1995). Presidente do Conselho de Mediação do Estado de Illinois (1987-1990). Membro do Comitê de Mediação em Custódia de Crianças na Suprema Corte Americana (1991-1992). Coordenadora do Departamento de Divórcio do Chicago Center for Family Health – Universidade de Chicago. USA.

1. Quais os resultados da mediação de conflitos nos casos em que a senhora tem atendido?

O sucesso ocorre no mínimo em 50% dos casos¹⁸.

2. Como tem sido a procura (demanda) pela mediação?

Em Chicago, nós temos uma mediação ordenada pelo juiz em todos os casos de disputa. A corte oferece duas horas de sessão. Em todos os 50 estados norte-americanos possuem alguma forma de programa de mediação. A lei referente ao direito de família é estadual, então estes programas foram desenvolvidos, estado por estado desde 1970. Adicionalmente, há mediadores como eu, que praticam a mediação privada. Imagino que menos de 10% dos casos de divórcio sejam mediados de forma privada, mas este número está crescendo. Eu medio questões relativas a guardas de filhos, questões financeiras e referentes ao pós-divórcio¹⁹.

3. Como tem sido a reação dos profissionais do direito – advogados e juízes – ante à prática da mediação em seus casos?

Com a observação dos advogados e juízes, a mediação é aceita em questões relativas às crianças, mas menos com relação aos problemas de partilha de bens.

¹⁸ *This is successful at least 50% of the time. (Original)*

¹⁹ *We have "mandated mediation" which is required in the Chicago courts for all cases of contested custody. The court offers two two-hour sessions. All 50 states in the US have some court programs. Family law is governed by state law so these programs have been developing state by state since 1970. Additionally, there are mediators, like myself who practice in the private sector. My guess is that less than 10% of all divorce cases are mediated privately though the number is growing. I mediate child custody issues, financial issues and post-divorce issues. (Original)*

Talvez porque advogados confiem somente em advogados para este fim que tem sido tradicionalmente deles²⁰.

²⁰ *With regard to lawyers/judges, mediation is accepted for issues related to children but less so for issues related to finance (support and division of assets and liabilities). It may be that lawyers trust lawyers and not other professionals to do what has traditionally been their domain. (Original)*