

# 7

## MEDIAÇÃO

### 7.1. CONTEXTUALIZAÇÃO

Segundo Barbosa mediação tem tradição milenar entre os povos antigos. Entre os judeus, chineses e japoneses, a mediação fez parte da cultura, e dos usos e costumes, muitas vezes integrando rituais religiosos (2004, p. 4).

Em relação ao percurso histórico da Mediação, Luchiarri (2012, p. 20-21) fez um estudo do seu surgimento e de sua ocorrência nos principais países que aderiram ao método; nesse sentido, ressalta a mediação:

- Na civilização antiga, como forma de harmonização e defesa na inter-relação entre os povos.
- Nos Estados Unidos, em 1970, quando se iniciou a mediação com grande ênfase no âmbito empresarial.
- Na Inglaterra, no final dos anos 1970, com um pequeno grupo de advogados, e em 1989, quando a mediação se destaca no setor público e privado.
- Na França, em 1982, quando a mediação se inicia no Direito Público para ampliar o Direito Privado, no Direito do Trabalho, e em 1990, no Direito Civil.
- Na Argentina, em 1982, quando foi institucionalizada pelo Decreto-lei n. 1.480/92; atrelada ao Judiciário com a Resolução n. 8/92; e regulamentada em 1995, pela Lei n. 24.573.

- Na União Europeia, cuja Diretiva 2008/52/CE incentivou a resolução amigável dos conflitos, com a utilização da mediação aos “litígios **transfronteiras em matéria civil e comercial**”<sup>23</sup>.

Com os contextos mencionados, constata-se que a mediação tem uma história própria em cada país que adere à prática e que muitas vezes essa história se inicia no contexto judicial, empresarial ou familiar, expandindo-se depois para outras áreas.

Com relação aos métodos consensuais no Brasil, a Conciliação é mais antiga que a Mediação por aqui. A Conciliação vem sendo utilizada e prevista em legislações desde 1824; já a mediação possui um percurso histórico brasileiro mais recente.

Segundo Barbosa (2015, p. 16), a Mediação chega ao Brasil no início da década de 1990 por duas vertentes: em São Paulo, adotando o modelo da França e, no sul do país, seguindo o modelo dos Estados Unidos.

Também na década de 1990 começaram os estudos no Brasil na área trabalhista que serviram de alicerce para a construção da Mediação no cenário brasileiro, nos dissídios individuais e coletivos. Nessa área, são encontradas referências à Mediação e a técnicas de negociação (TARTUCE, 2014). Nessa mesma época, profissionais da terapia familiar também começaram a pesquisar o método.

Tartuce (2014, 2016, p. 262-263) descreve o percurso histórico da regulamentação da Mediação no Brasil em:

<b>1998</b>	Projeto de Lei n. 4.827/98 proposto pela Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro (com enfoque no modelo transformativo) foi cingido por outro projeto, elaborado pelo Instituto de Direito Processual (baseado nos modelos americanos e argentino), sem tramitação finalizada.
<b>2002</b>	Projeto de Lei n. 94/2002, versão unificada dos dois projetos voltada ao Mediação Judicial – aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça.
<b>2004</b>	Projeto Substitutivo à Comissão de Constituição e Justiça.
<b>2011</b>	Projeto de Lei n. 517 para a regulamentação da mediação judicial e extrajudicial, sem avanços na aprovação.
<b>2013</b>	Criação de duas Comissões: do Senado (mudança na Lei da Arbitragem e Mediação Privada) e do Ministério da Justiça (Mediação Judicial e Privada).
<b>2014/2015</b>	Somados ao Projeto de Lei n. 517/2011 – resultaram Projeto de Lei n. 7.169/2014 (regulamentando a mediação privada e no âmbito da Administração Pública), com debates e alterações resultaram na Lei n. 13.140/2015.

23 Com exceção “das matérias fiscais, aduaneiras ou administrativas e da responsabilidade do Estado por atos ou omissões no exercício do seu poder público”. Disponível em <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/judicial\\_cooperation\\_in\\_civil\\_matters/l33251\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33251_pt.htm)>. Acesso em: 04 maio 2015.

Finalmente, em 26 de junho de 2015<sup>24</sup>, foi sancionada a Lei n. 13.140, que: “dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”. A lei passa a estipular como principais pontos<sup>25</sup>:

- A mediação poderá ser extrajudicial ou judicial.
- Os Tribunais criarão e manterão os Centros Judiciários de Solução de Conflitos para a realização da mediação.
- As partes poderão recorrer à mediação mesmo com processo em curso ou em “âmbito arbitral”; nessas hipóteses suspendem a tramitação por prazo que seja suficiente para a realização da mediação.
- O mediador pode se reunir com as partes, em conjunto ou separadamente, ouvir terceiros e solicitar informações que entender necessárias para o esclarecimento dos fatos e para o entendimento.
- A mediação é finalizada com o acordo ou quando não é mais possível o consenso, por solicitação do mediador ou das partes.
- Possibilidade da utilização da mediação nos conflitos entre órgãos da administração pública ou entre estes e particulares.
- A União, os estados e os municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, para promover a busca de acordos, mas, enquanto isso não ocorrer, aplicam-se as mesmas regras da mediação judicial.

Com relação ao Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015), vários dispositivos desta lei destacam os métodos consensuais de solução de conflitos: que incentivam e definem a função do mediador<sup>26</sup>.

---

24 Publicada no *Diário Oficial da União* em 29 de junho de 2015, passando a vigorar em 180 dias da data da sua publicação.

25 Conforme matéria publicada no Senado Notícias, em 29 de junho de 2015: *Lei da Mediação entra em vigor em seis meses*. Disponível em <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/06/29/lei-da-mediacao-entra-em-vigor-em-seis-meses>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

26 Passará a vigorar em 17 de março de 2016; dentre suas previsões, estão: Art. 3º § 3º “A conciliação, a mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”; Art. 149: “São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe da secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial...”. Art. 165 § 2º “O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos

Como exemplos de artigos que abordam a mediação e a conciliação no Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105 de 2015), estão:

- Incentivo aos métodos consensuais pelos operadores do Direito durante o Processo Judicial (art. 3º).
- Criação pelos Tribunais dos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (art. 165).
- A Conciliação e a Mediação são informadas pelos princípios da: independência; imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e da decisão informada (art. 166).
- Cadastro de conciliadores, mediadores e câmaras privadas inscritas em cadastros nacionais do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal, com indicação de sua área profissional, se forem advogados, estarão impedidos de exercer a profissão nos juízos que desempenham suas funções (art. 167, *caput* e § 5º).
- As partes podem escolher de comum o mediador ou conciliador inscritos ou não no Tribunal e também terão livre escolha quanto a câmara privada (art. 168).
- Os conciliadores e mediadores estarão impedidos por um ano, contado do término da última audiência que participaram para assessorar, representar, ou patrocinar qualquer das partes (art. 172).
- Exclusão do cadastro de mediadores e conciliadores que agir com culpa ou dolo, atuar impedido ou suspeito ou com violação dos deveres expressos neste código (art. 173 *c/c* art. 166, §§ 1º e 2º).
- A União, o Estado e o Município criarão câmaras de mediação e conciliação para a solução de conflitos no âmbito administrativo (art. 174).

Com relação a audiência preliminar de Conciliação ou Mediação prevista no art. 334 do Novo Código de Processo Civil:

- Será designada com antecedência mínima de 30 dias, devendo o réu ser citado com pelo menos 20 dias de antecedência; com a atuação do conciliador ou do mediador onde houver (*caput* e § 1º).

---

em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.” § 3º “O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar por si próprios soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

- Poderá haver mais de uma sessão destinada a conciliação ou a mediação; não podendo exceder a dois meses da data da primeira sessão (§ 2º).
- Não será realizada se ambas as partes manifestarem expressamente desinteresse ou se não couber a composição consensual (§ 4º).
- A ausência injustificada das partes é considerada ato atentatório à dignidade da justiça, com previsão de multa de até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa (§ 8º).
- As partes deverão estar representadas por seus advogados ou defensores públicos (§ 9º).
- A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença (§ 11).
- A pauta das audiências deverá ser organizada respeitando o intervalo mínimo 20 minutos entre as sessões (§ 12).

Importante destacar, se não houver desinteresse expresso pelas partes na audiência prévia de mediação esta passa a ter caráter obrigatório de participação, sempre mantida a voluntariedade das partes com relação ao resultado desta audiência.

Constata-se o grande incentivo legal aos métodos consensuais no nosso sistema processual e que serão necessários aprimoramentos posteriores neste caminho.

Conforme visto pelos autores, trata-se de uma reformulação de toda uma cultura: do litígio para a pacificação, da necessária formação e atualização dos profissionais que trabalham com o conflito até à oferta de informações à população sobre quais meios de solução de conflitos a serem utilizados.

## 7.2. ESCOLAS E MODELOS DE MEDIAÇÃO

São diversas as escolas ou modelos de mediação; neste estudo, são abordados os modelos mais utilizados: Escola ou Teoria de Harvard; Modelo Circular Narrativo e Modelo Transformativo.

### 7.2.1. Escola ou Teoria de Harvard

A Escola ou Teoria de Harvard, também chamada de modelo tradicional, é baseada em uma negociação assentada em princípios que fundamentam todos os demais modelos.

Gabbay comenta sobre a Teoria de Harvard:

Trata-se de negociações que objetivam reconciliar interesses, denominadas “negociação com princípios” (*principled negotiations*), “negociação baseada

em interesses” (*interested-based negotiation*) ou “negociação solução de problemas” (*problem-solving negotiation*). O enfoque reside no tratamento da controvérsia como um problema mútuo e no mediador que atua intervindo junto aos indivíduos em disputa para tornar possível um ajuste (2013, p. 47).

A Escola de Harvard apresenta como princípios fundamentais segundo Fisher et al. (2005, p. 36-110):

- **Separar as pessoas do problema:** os negociadores ficam presos ao problema e esquecem de levar em consideração as pessoas, o problema é o foco a ser resolvido.
- **Focar os interesses e não as posições:** para que haja uma negociação é necessário que ambos interesses os negociadores sejam considerados, escutados, que estejam acessíveis a comunicação e identificados interesses comuns.
- **Criar opções de ganhos-mútuos:** apresentar opções de soluções e buscar interesses comuns e convergentes, interesses divergentes devem ser harmonizados.
- **Insistir em critérios objetivos:** a construção das opções que levem ao acordo deve estar fundamentadas em critérios de realidade desta forma podem ser considerados: “valor de mercado; custos, padrões profissionais, tradição, em como o tribunal decidiria, etc”.

## 7.2.2. Modelo circular narrativo

Segundo Gabbay, a Mediação, sob o viés circular narrativo:

(...) foca a desconstrução das exposições iniciais das histórias dos participantes para viabilizar novas percepções sobre o conflito e sua superação. Por meio de perguntas circulares (que mudam o foco do problema), o mediador permite outras conotações e compreensões sobre as experiências vividas (2013, p. 48).

Conforme Suares, o Modelo Circular Narrativo é fundamentado na terapia familiar sistêmica, nas teorias das narrativas, com a utilização de perguntas circulares:

(...) Modelo Circular-narrativo de Sara Cobb, orientado tanto a las modificaciones de las relaciones como al acuerdo. Como su nombre lo indica, está emparentado com la terapia sistémica (para la que es fundamental el concepto de causalidade circular) y com las teorías postestructurales de las narrativas (SUARES, p. 165); Preguntas Circulares: En su forma mais sencilla consiste en preguntar a una persona cómo ve que se interrelacionan otros. Dentro de la terapia sistémica se utilizan com el objetivo de descubrir la conexión existente entre el problema que se presenta y las relaciones familiares (2008, p. 178).

Para Sampaio e Braga Neto (2007, p. 22) os fundamentos do modelo circular – narrativo são: a comunicação, a causalidade circular, os vínculos e a reflexão, que possibilite “a transformação de uma história conflitiva em uma história colaborativa”.

### 7.2.3. Modelo transformativo

Sob o viés transformativo da Mediação, modelo utilizado na prática desta pesquisa, o foco não é o acordo, mas a transformação da relação; trabalha-se o conflito como oportunidade de crescimento e transformação, de reconhecimento e empoderamento (GABBAY, 2013).

O modelo transformativo é fundamentado no empoderamento e no reconhecimento do outro: “*O empoderamento gera a percepção pelos indivíduos de seu valor e capacidade de tomar suas próprias decisões para lidar com os problemas*” (BUSH; FOLGER, 1999, apud GABBAY, 2013, p. 55). Por reconhecimento compreende-se “a habilidade de cada indivíduo de entender os outros, de respeitá-los e de demonstrar preocupação por eles” (SCHNITMAN; LITTLEJOHN, 1999, p. 75).

Segundo Folger e Bush (1999, p. 86) os efeitos transformativos da mediação neste modelo são o fato de que “o processo pode reforçar a capacidade das pessoas de tomarem decisões sozinhas; e ele também pode reforçar a capacidade das pessoas de verem e considerarem as perspectivas dos outros”.

O foco do Modelo Transformativo, segundo Barros, J.:

está na relação e na busca da transformação desta relação, enfatizando o empoderamento das pessoas para que tenham condições de decidir seus caminhos, assumindo responsabilidades em relação às suas escolhas. A resolução do conflito por este modelo se dará a partir da transformação da relação entre as partes (2013, p. 52).

A atuação do mediador no modelo transformativo, segundo Bush e Folger:

O mediador não intervém na relação entre as partes, mas tem um papel essencial na escuta ativa dos problemas, na percepção das oportunidades em que se possa trabalhar o reconhecimento e empoderamento das partes, contribuindo a um diálogo construtivo entre elas. Há inúmeras técnicas a serem aplicadas, sumarizando o que as partes apresentaram, parafraseando, checando o que as partes elencam como pontos centrais do conflito e o que gostariam de levar adiante, de forma que, mesmo quando elas estão em silêncio, os mediadores não estão inativos (2005, apud GABBAY, 2013, p. 58).

Segundo Schnitman (apud SCHNITMAN; LITTLEJOHN, 1999, p. 22), para o manejo dos conflitos e a mudança produtiva nos sistemas humanos, dentre os temas centrais, estão:

- A construção do presente a partir da projeção do futuro.
- Sujeitos coconstrutores de suas realidades.
- O papel construtivo da Mediação na geração de possibilidades emergentes.
- A noção de que pequenas flutuações podem gerar mudanças significativas.

Com relação ao pensamento sistêmico e à transformação dos conflitos, Sales explica:

A aplicação do pensamento sistêmico à transformação de conflitos aponta para a necessidade de um questionamento de valores, princípios e estruturas de uma ordem específica ao qual o conflito está vinculado. Os conflitos prolongados devem ser tratados em distintas vias, compreendendo-se essas vias como complementares, devendo existir um equilíbrio entre si. Aponta-se ainda que não se deve focar em um resultado específico e certo, mas nas mudanças dos padrões de interação entre as partes envolvidas, pois apenas com mudanças nesses padrões de interação é que a transformação do conflito e a mudança social se tornam sustentáveis (2010, p. 18).

Além de poder acontecer nos diversos modelos e modalidades mencionados, a mediação pode ser utilizada em vários contextos: familiar, empresarial, penal, educacional, comunitário, entre outros. Neste estudo será abordado o modelo transformativo no contexto familiar.

## **7.4. MEDIAÇÃO FAMILIAR**

Na contemporaneidade, o conceito de família passou a ser amplo, plural (DIAS, 2011) e com novos arranjos: já se reconhecem a união estável; a união homoafetiva; a igualdade no poder familiar (igualdade dos direitos e deveres dos pais); a família monoparental (pela qual somente um dos pais é responsável); famílias mosaicos ou reconstituídas (formadas pela pluralidade de relações parentais). Todos esses arranjos familiares decorrem de conquistas sociais pautadas na igualdade em direitos dos sexos; na igualdade em direitos dos filhos; no planejamento familiar; nas separações, divórcios; no poder familiar de ambos os pais; nos cuidados com os filhos compartilhados; na participação mais ativa dos pais (homens) na educação e na maior inserção das mães no mercado de trabalho— aspectos aliados a gerações cada vez mais longevas e à crescente exigência de solidariedade entre as gerações que convivem dentro de uma família.

O conceito de família não se restringe mais apenas ao sustento e à consanguinidade; tanto o rol de participantes como as funções familiares foram ampliadas e redefinidas.

De acordo com Pereira,



a família deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução. Hoje ela é muito mais espaço do amor, do companheirismo, da solidariedade e do afeto. (...). A família é fonte de amor e responsabilidade; o Estatuto das Famílias vai além da família conjugal e parental (2007, s/p).

Segundo Groeninga (2011), “a família se compõe nas intenções e tensões”. Esta autora prossegue na referência às funções parentais como “mediadoras afetivas”, que possibilitam a passagem do biológico para o humano e o social. Refere-se a um vetor na relação paterno-filial, de acordo com o grau de vulnerabilidade, que coloca o interesse da criança e a solidariedade aos idosos como um “denominador comum no exercício das funções” familiares.

A família representa a vivência do primeiro exercício da vida em sociedade, e muitos conflitos são decorrentes da convivência familiar entre seus integrantes. Muitas vezes, os conflitos são tão fortes que ocasionam o enfraquecimento ou até mesmo o rompimento dos laços familiares.

Para Six (2001, p. 71-72, 242), a mediação no contexto familiar engloba não apenas a família de um modo geral, mas todo o ambiente familiar, podendo envolver assuntos do casal, da relação entre pais e filhos (em qualquer idade), e entre irmãos e irmãs. Como ética, propõe ao mediador familiar o trinômio: “tempo-espaço-relação”:

1. **Tempo:** em um sentido estimado, nem curto, nem demasiado longo, para o processo de mediação não vir a se configurar em “assistências intermináveis”.
2. **Espaço:** no sentido da função: mediador enquanto atuação é essencialmente mediador, sem se confundir com a profissão de origem que possui.
3. **Relação:** no sentido de prevenção, de primeiro tentar o diálogo, como cuidado com a “saúde familiar”.

Com relação ao mediador, Six (2001, p. 242-248) define ética como “*coragem, prudência e justiça*”: coragem de ter “tempo e distanciamento”; prudência de seguir em frente, ser criativo e reflexivo, e justiça, que requer “refinamento constante do mediador”.

A mediação familiar possui um contexto transformador, que se desenvolve no campo da interdisciplinaridade, sendo este considerado “um princípio”. Nesse sentido, Barbosa (2004, p. 1) ressalta: “a mediação familiar tende a se inserir no ordenamento jurídico interdisciplinaridade, culminando com a recepção da via principiológica”.

Segundo Six, 2001, p. 54: os Estados Unidos e o Canadá precederam a Europa na origem da mediação familiar, nas questões relacionadas ao divórcio justifica:

(...) pensou-se nas crianças, primeiras vítimas, por causa da sua fragilidade, das separações dos pais: a primeira função da mediação familiar;

(...) foi a de proceder de forma que os filhos do divórcio se ressentissem o menos possível, de levar aos pais a conter a agressividade mútua, de tornarem-se amigos para o bem de seus filhos.

No mesmo contexto parental, reforça Parkinson (2016, p. 39-40):

o primeiro serviço de mediação familiar da Inglaterra, foi criado em Bristol, em 1978. Tratava –se de uma organização independente que dispunha de serviço comunitário para casais em vias de separação ou divórcio.

Barbosa (2015, p. 25) destaca o aparecimento da mediação familiar interdisciplinar, ressalta o Canadá como:

o país que pode ser considerado o mais avançado na implementação da mediação familiar, tanto do ponto de vista legislativo, como no reconhecimento desta prática pelo judiciário e pelos profissionais de ciências jurídicas, contribuindo para a efetiva sedimentação de instrumento de exercício da cidadania.

Na França, Barbosa (2015, p. 20-26) ressalta as contribuições dos colaboradores:

<b>Colaboradores</b>	<b>Formações e atuações</b>	<b>Contribuições</b>
Annie Babus	Enfermeira, assistente social e terapeuta familiar	Em 1987, pioneira em organizar um grupo de diferentes profissões para obterem formação em Mediação.
Claire Denis	Mediadora familiar	Livro: <i>La médiatrice et le conflit dans la famille</i> , destaca o papel do mediador.
Jacqueline Mourret	Advogada e conselheira conjugal	Sentia a necessidade de um novo instrumento para aprimoramento da prestação jurisdicional em Direito de Família.
Jean François Six	Filósofo, teólogo e mediador	Livro: <i>Dinâmica da mediação</i> , 1995. Referência teórica.
Jean-Pierre Bonafé –Schmitt	Pesquisador	Autor do artigo histórico: Mediação, uma justiça doce.
Gregory Bateson	Antropólogo	Desenvolvimento da mediação com uma visão de uma dinâmica sistêmica, importante contribuição no funcionamento da família.
Claude de Doncker	Mediador francês	Em 2002 participou de um encontro em São Paulo com mediadores sobre os avanços da mediação familiar na França.
Danièle Ganancia	Juíza de Direito, vice-presidente do Tribunal de Grande Instance de Paris, mediadora	Prática da Mediação Familiar entre casais binacionais em conflito.

Com relação ao enfoque interdisciplinar da mediação familiar, Barros J.:

A mediação é constituída por uma complementaridade de saberes, sendo assim, a interdisciplinaridade está na sua essência. Essa interdisciplinaridade enriquece a mediação para auxiliar as famílias a decidirem de forma autônoma o que preferem para suas situações (2013, p. 122).

É nesse contexto de conflitos, afetos, desafetos, histórias, responsabilidades e empoderamento que a mediação familiar surge como possibilidade de trabalhar a comunicação.

