

O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL NO DIREITO DE FAMÍLIA

Maria do Carmo Socorro¹

Rosimara Rodrigues²

Resumo. A Mediação é um procedimento de resolução de conflitos, aplicado tanto judicial quanto extrajudicialmente, onde as partes são auxiliadas a se comporem com o auxílio de terceira pessoa, conhecida como mediador. O objetivo deste trabalho é compreender o método aplicado de forma extrajudicial e sua abrangência dentro do campo do Direito de Família, na qual há, naturalmente, maior protegido aos envolvidos, com atuação ministerial. A metodologia utilizada será o método dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica em fontes primárias, como lei e em fontes secundárias, como livros e artigos. Percebe-se que a Mediação Extrajudicial pode ser aplicada em qualquer conflito que verse sobre direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação. No campo do Direito de Família, a Mediação pode ser aplicada nos institutos da dissolução da união estável e do casamento, dos alimentos, dentre outros institutos nas quais as partes poderiam livremente realizar acordo em sede de processo judicial. Assim sendo, a Mediação, em sede de Direito de Família, se torna salutar tendo em vista o seu caráter conciliatório, a qual não é impositivo, não se obrigando que terceira pessoa, alheia à situação, resolva a lide determinando como as partes devam agir. Na Mediação, as partes chegam a um acordo conciliatório, sendo o terceiro alheio apenas guia na tratativa do referido acordo.

Palavras-Chave: Mediação, Mediação Extrajudicial, Direito de Família.

1. Introdução

O presente artigo científico abordará, de forma sucinta, a aplicação do instituto da Mediação no Direito de Família. Analisaremos, primeiramente, a importância do instituto da Mediação, o seu surgimento e funcionamento com o advento da Lei 13.140/15, como alternativa extrajudicial de resolução de conflito.

Após, traçaremos breves comentários acerca do que é o Direito de Família e quais suas áreas de atuação. Por fim, analisaremos a aplicação do instituto da Mediação dentro do campo do Direito de Família, com seus princípios e seus inúmeros benefícios, tanto para o Poder Judiciário para quanto os particulares que a ela recorram.

¹ Graduanda do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves – UNIPTAN. E-mail: agelmariaribeiro@gmail.com

² Graduanda do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves – UNIPTAN. E-mail: rodriguismara@gmail.com

A metodologia utilizada será o método dedutivo, mediante a pesquisa bibliográfica em fontes primárias, como leis; e em fontes secundárias, como livros e artigos existentes na rede mundial de computadores (internet).

A justificativa do presente estudo se dá em virtude da novidade da Mediação Extrajudicial que, ao contrário dos métodos extrajudiciais de resolução do conflito anterior – como a arbitragem – pode ser aplicada em lides onde se discutem direitos indisponíveis. Criou-se, assim, a dúvida acerca da possibilidade de utilização do instituto da Mediação Extrajudicial no âmbito de resolução de lides envolvendo Direito de Família.

Percebemos, ao final, a possibilidade de utilização do instituto da Mediação Extrajudicial no âmbito do Direito de Família, haja vista que o mesmo pode ser utilizado em lides envolvendo direitos indisponíveis, desde que permitida a transação. Pode-se, assim, aplicar tal instituto em todas as lides nas quais, judicialmente, seria permitida a transação para solução do conflito.

2. Mediação

Antigamente, no início da sociedade, era comum que as pessoas delimitavam o seu próprio patrimônio e repeliam agressões aos seus direitos oriundos dos demais. Contudo, da mesma forma, se uma pessoa mais forte que a outra quisesse lhe subjugar, subtraindo-lhe seu patrimônio, liberdade, vida, dentre outros direitos, não havia quem o repelisse. Era a ideia hobbesiana de “o homem é o lobo do próprio homem”.

Dessa forma, criou-se o Estado com o intuito de inibir abusos e punir os violadores de direitos. O Estado, dessa forma, monopolizou o direito de julgar as lides existentes nas relações humanas. Este “assegura aos cidadãos a tranquilidade de não precisar se armar para a luta ou fazer valer seus direitos por meio do exercício da força” (BACELLAR, 2012, p. 19).

Assim, se duas pessoas, a título de exemplo, brigam entre si para ver quem é o real proprietário de determinado bem, estes valerão do poder Estatal para resolver a lide, aonde aquele determinará a quem pertence o referido bem. Nasce, assim, o Poder Judiciário.

Contudo, com o passar dos anos, o Poder Judiciário foi se tornando abarrotado, tamanha a quantidade de lides diárias que apareciam por lá, seja em questões cíveis, seja em questões criminais, trabalhistas, tributárias, etc. Segundo dados do CNJ, obtidos no Relatório Justiça em Números 2015, houve atualmente 99,7 milhões de processos correndo no Poder Judiciário em 2014, praticamente 1 (um) para cada 2 (dois) brasileiros – sendo que 91,9 milhões encontravam-se no primeiro grau de jurisdição, representando 92% (noventa e dois por cento) do total.

O legislador percebeu, dessa forma, que deveria criar métodos de resolução de conflitos que não abarrotassem o Poder Judiciário. Desenvolveu-se, portanto, os chamados Meios Extrajudiciais de Resolução de Conflitos (MESCs). Conforme o próprio nome já diz, nos MESCs não há qualquer atuação do Poder Judiciário, resolvendo-se a lide completamente fora do poder Estatal, com anuência deste. Atualmente, embora estejam desenvolvendo outros métodos, os MESCs se subdividem em quatro: *negociação*, *mediação*, *conciliação* e *arbitragem*.

Por *negociação* entende-se “lidar diretamente, sem a interferência de terceiros, com pessoas, problemas e processos, na transformação ou restauração de relações, na solução de disputas ou trocas de interesses” (VASCONCELOS, 2008, p. 35). Já o conceito de *mediação* trabalharemos adiante. A *conciliação* é um método extrajudicial que busca a resolução de conflitos através de um acordo, na qual ambas as partes aceitem voluntariamente, ampliando-se as chances de seu cumprimento. Por fim, *arbitragem* é um método de resolução de conflito em que um terceiro, de confiança das partes, atuará como verdadeiro juiz, colhendo provas e testemunhos e dando um parecer definitivo ao final, na qual não se cabe recurso.

Dessa forma, na atualidade, as pessoas podem – a depender do caso concreto – verem suas lides resolvidas por métodos extrajudiciais de resolução de conflito, sem que aquele passe pelo Poder Judiciário.

2.1 Resolução 125 do CNJ

No ano de 2010, o Conselho Nacional de Justiça promulgou a Resolução 125 que “dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências”, posteriormente modificados pela Emenda Constitucional nº 1, de 2013 e nº 2, de 2016, que modificou a dita Resolução para se adequar ao novo Código de Processo Civil.

A Resolução 125 do CNJ criou, em todo o Brasil, a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesse, com o intuito de assegurar a todas as pessoas o direito à solução de seus conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade (artigo 1º). Determina a referida resolução ainda que incumbirá aos órgãos judiciários, cumprindo os artigos 334 do NCPC e artigo 27 da Lei 13.140/15, “antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.” (artigo 2º), sendo que o CNJ “auxiliará os tribunais na organização dos serviços [...], podendo ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas, em especial quanto à capacitação de mediadores e conciliadores, seu credenciamento”.

Apesar de não dispor expressamente sobre o instituto da mediação, a Resolução 125 do CNJ foi um importante passo para a resolução pacífica dos conflitos, determinando-se o incentivo, dentro do Poder Judiciário, para os métodos pacíficos de solução de conflitos, mais eficazes e menos onerosos para o Estado, em todos os sentidos.

2.2 Conceito de Mediação

O primeiro Método Extrajudicial de Resolução de Conflito, criado no Direito brasileiro, foi a Arbitragem, trazida pela Lei 9.307/96. Antes, no Código de Processo Civil de 1973, existia o instituto da conciliação, mas apenas dentro do âmbito do Poder Judiciário.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe novamente o instituto da conciliação, de forma mais importante que o Código processual anterior,

determinando que a primeira audiência deva ser, obrigatoriamente, de conciliação ou mediação (artigo 334 do CPC), exceto se as partes se manifestarem contrária à mesma.

A mediação, porém, foi apenas mencionada pelo Código de Processo Civil de 2015, determinando apenas a sua existência já no curso do processo civil (artigo 165 e ss.), informando apenas que a mediação extrajudicial deve ser incentivada pelos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, junto da conciliação e de outros métodos de solução consensual de conflitos (artigo 3º, § 3º, ambos do CPC).

Ainda no ano de 2015, foi sancionada a Lei 13.140/15, que trouxe o instituto da Mediação fora do processo judicial em curso – alvo do nosso trabalho. Para a referida lei, Mediação é

a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. (BRASIL, 2015)

Para Vasconcelos (2008, p. 37), mediação é

um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador – que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito -, expõem o problema, são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e, eventualmente, firmar um acordo.

Já para Bacellar (2012, p. 107), mediação é a “técnica de resolução de conflitos intermediada por um terceiro mediador que tem por objetivo solucionar pacificamente as divergências entre pessoas, fortalecendo suas relações”. De qualquer forma, a Mediação pode ser entendida como um método extrajudicial de resolução de conflitos em que uma terceira pessoa – denominada *mediador* – auxilia a solução pacífica do conflito entre as pessoas conflitantes, através de um acordo.

Ao contrário da Arbitragem e do Poder Judiciário em si, na Mediação o terceiro envolvido não impõe o seu entendimento às pessoas, as quais deverão cumprir obrigatoriamente o determinado, mas auxiliará para que as pessoas,

livremente e sem qualquer tipo de pressão, entendam que o acordo é a melhor solução para qualquer conflito e se disponham a acordar.

2.3 Diferença entre Mediação e Conciliação

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe, em seu artigo 165, §§ 2º e 3º, a principal diferença entre a conciliação e a mediação. Na referida lei, o conciliador deverá *sugerir* soluções para o litígio, não se podendo constranger ou intimidar as partes a conciliarem. Já na mediação, o mediador explicará às partes as questões e interesses do conflito, auxiliando-as a compreendê-las, de modo que as próprias partes possam identificar, por si próprias, soluções consensuais do conflito que gerem benefícios mútuos.

Da mesma forma, a legislação sugere que a conciliação seja aplicada quando as partes não possuem vínculo anterior. Se houver vínculo anterior, a legislação processual civil sugere o instituto da mediação.

2.4 Possibilidades de aplicação do Instituto da Mediação

A legislação específica de Mediação (Lei 13.140/15) determina, em seu artigo 3º, que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre indisponíveis que admitam transação” (BRASIL, 2015). Assim, diferencia-se a mediação da arbitragem porque, naquela, só se admite em conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (artigo 1º, *caput* da Lei 9.307/96), sendo que aqui se admite em todos os direitos disponíveis, patrimoniais ou não, e também nos indisponíveis, desde que admitam transação.

Por *transação* pode-se entender como sendo “o negócio jurídico bilateral que importa em concessões recíprocas entre as partes visando à eliminação de controvérsias sobre o conteúdo, a extensão, a validade ou a eficácia de uma relação jurídica de direito material” (MIRANDA, 1984, p. 117-118).

Já em relação aos direitos indisponíveis que admitem transação pode-se entender qualquer direito na qual a parte não pode dispor, mas tal direito se flexibiliza a ponto de permitir que esta realize acordo, por exemplo, em relação às vantagens existentes de tal direito, como a imagem, voz, nome e criações

intelectuais. Dessa forma, a vantagem econômica de tais direitos é disponível e transigível, sendo que o direito *per se* indisponível e intransigível.

A Lei de Mediação, entretanto, determina que o consenso entre as partes quando se envolve direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juiz, após oitiva do Ministério Público (artigo 3º, § 2º). Isso se dá pelo fato de a Constituição Federal, em seu artigo 127, determinar expressamente que o Ministério Público é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa [...] dos interesses [...] individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988). Assim, a Mediação, envolvendo direitos indisponíveis, ainda que realizada por pessoas capazes, deve-se passar pelo crivo do Poder Judiciário e da atuação ministerial.

3. Mediação no Direito de Família

3.1 Direito de Família

O Direito de Família é um ramo dentro do Direito Civil na qual regula as interações sociais dentro das relações familiares. Regulado a partir do artigo 1.511 do Código Civil, o Direito de Família é legalmente dividido em: a) casamento; b) relações de parentesco; c) do poder familiar; d) dos alimentos; e) bem de família; f) união estável; g) tutela e curatela.

Casamento é a união entre duas pessoas nas quais estabelecem, entre si, comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Nasce através da união civil perante o Cartório competente, podendo o casamento religioso ser equiparado ao civil na forma do artigo 1.515 do Código Civil.

O casamento se dissolve com a morte de um dos cônjuges, com a nulidade ou a anulação do casamento, com a separação judicial ou com o divórcio (artigo 1.571 do Código Civil).

As regras referentes às *relações de parentesco* determina quais as pessoas são consideradas parentes para os direitos e deveres civis. Serão considerados parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes. Já em linha colateral, até o quarto grau, são parentes as pessoas provenientes de um só tronco, sem

descenderem uma da outra. Por fim, o parentesco por afinidade se dá em relação aos parentes do cônjuge ou companheiro, se limitando aos ascendentes, descendentes e irmãos do mesmo e não se extinguindo no caso dos dois primeiros.

O *poder familiar* é o poder inerentes aos pais sobre os filhos menores de idade. Compete a ambos os pais, na forma do artigo 1.634 do diploma civil: a) dirigir a criação e a educação dos filhos; b) exercer a guarda unilateral ou compartilhada; c) conceder ou negar aos filhos consentimento para casarem; d) conceder ou negar aos filhos consentimento para viajarem ao exterior; e) conceder ou negar aos filhos consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; f) nomear tutor aos filhos por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; g) representar os filhos judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; h) reclamar dos filhos de quem ilegalmente os detenha; e i) exigir que os filhos lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Os *alimentos* são a prestação contínua e ininterrupta na qual um parente presta a outro na qual este necessita para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. Serão fixados os alimentos na proporção das necessidades daquele que pleiteia e os recursos da pessoa obrigada a pagar (artigo 1.694, *caput* e § 1º do diploma civil).

Por fim, os alimentos são devidos por aquele que não tem bens suficientes, nem pode prover, por seu próprio trabalho e esforço, à própria manutenção, e aquele que pagar poderá fornecê-los, sem desfalque ao seu sustento.

Já *bem de família* é o bem residencial urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, destinado a domicílio familiar, na qual se tornará impenhorável para todos os efeitos legais. Pode ser instituído por vontade das partes, na forma do Código Civil ou obrigatório, conforme a Lei 8.009/90.

Já a *união estável* é a entidade familiar, entre duas pessoas de sexo diferente ou de mesmo sexo (ADI 4277) e configurada na convivência pública,

contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Pode ser convertida em casamento perante solicitação direta ao juiz e posterior assento no Cartório competente e é aplicada as relações patrimoniais da comunhão parcial de bens, salvo pacto antenupcial.

Tutela é a proteção do incapaz menor de idade na qual o tutor exercerá todos os poderes inerentes ao poder familiar. A tutela somente ocorrerá, na forma do artigo 1.728 do Código Civil, com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes, ou em caso de os pais decaírem do poder familiar.

Por fim, *curatela* é a proteção do incapaz maior de idade na qual o curador exercerá todos os atos da vida civil em nome do curatelado, na qual o mesmo está impedido de exercer, por enfermidade ou doença mental. Podem ser curatelados, na forma do artigo 1.767 do Código Civil: a) aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; b) os ébrios habituais e os viciados em tóxico; e c) os pródigos.

3.2 Princípios da Mediação

Como todo campo do Direito, a Mediação possui princípios próprios basilares, nas quais modelam o procedimento. A Constituição Federal esculpe implicitamente que os princípios da Mediação, como Método Extrajudicial de Resolução de Conflitos (MESOC), é a imparcialidade, flexibilidade, aptidão, sigilo, credibilidade e diligência, conforme nos leciona Cachapuz (2003, p. 35).

Os institutos da imparcialidade e sigilo serão vistos logo abaixo. A *flexibilidade* é a possibilidade de modificação da atuação do mediador durante o curso da Mediação. Já *aptidão* é a avaliação, por parte do mediador, do caso concreto para analisar as verdadeiras condições para assumir o compromisso.

Por fim, a *diligência* é a observância da norma imposta pela instituição, além da regularidade dos procedimentos e a qualidade dos serviços prestados.

Já a Lei de Mediação esculpe, expressamente, os principais princípios da Mediação Extrajudicial, em seu artigo 2º, as quais teceremos breves comentários um a um:

- a) **imparcialidade do mediador:** o mediador deve agir de forma imparcial, não podendo pender para qualquer das partes. Vigora-se em

relação aos mediadores a mesma regra de impedimento e suspeição dos juízes, esculpida nos artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil, *in verbis* (artigo 4º, § 5º da Lei 13.140/15):

Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;

II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;

III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;

VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;

VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;

VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

Art. 145. Há suspeição do juiz:

I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes. (BRASIL, 2015)

- b) **isonomia entre as partes:** devem as partes ser tratadas de forma igual, não podendo o mediador tratar melhor uma em detrimento de outra.
- c) **oralidade:** a mediação busca incentivar o diálogo entre as partes e do mediador para resolução do conflito;

- d) **informalidade:** a mediação incentiva a ausência de formalidades legais para resolução do conflito, sendo apenas o termo inicial e final de forma escrita.
- e) **autonomia da vontade das partes:** as partes são livres para decidir se desejam ou não participar da sessão da Mediação, bem como a resolução consensual do conflito.
- f) **busca do consenso:** a mediação busca a possibilidade de acordo entre as partes para resolução do conflito. O consenso incentiva o cumprimento fiel do acordo.
- g) **confidencialidade:** todo o procedimento da Mediação deve ser confidencial, sendo os termos acessíveis tão somente às partes e seus representantes (procuradores ou responsáveis legais) e os mediadores.
- h) **boa-fé:** as partes devem agir com boas intenções durante todo o procedimento de Mediação.

3.3A aplicação da Mediação Extrajudicial no campo do Direito de Família

A Lei 13.140/15 determina que a mediação pode ser aplicada sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitem transação, na forma do *caput* de seu artigo 3º.

Direitos disponíveis são aqueles nas quais a pessoa detentora do direito pode dispor livremente deles. A título de exemplo, podemos trazer o direito ao patrimônio. Já os *direitos indisponíveis*, por consequência, são aqueles nas quais a pessoa detentora do direito são impedidas legalmente de se dispor livremente deles. A título de exemplo, podemos trazer o direito à vida.

Contudo, alguns direitos indisponíveis podem livremente ser acordados entre as partes, desde que a parte detentora do direito não renuncie, ainda que expressamente, ao dito direito. Nesse caso, torna-se aplicável o instituto da Mediação.

No campo do Direito de Família, a Mediação pode ser aplicada nos institutos da dissolução da união estável e do casamento, dos alimentos, dentre outros institutos nas quais as partes poderiam livremente realizar acordo em sede de processo judicial.

A Mediação, em sede de Direito de Família, se torna salutar tendo em vista o seu caráter conciliatório, a qual não é impositivo, não se obrigando que terceira pessoa, alheia à situação, resolva a lide determinando como as partes devam agir. Na Mediação, as partes chegam a um acordo conciliatório, sendo o terceiro alheio apenas guia na tratativa do referido acordo.

Ademais, o que se encontra em jogo nas lides envolvendo Direito de Família não são apenas os direitos patrimoniais, mas sim as relações familiares, que poderão continuar após a resolução da lide a depender do caso e os sentimentos humanos, como a raiva, decepção, tristeza, dentre outros. Conforme nos leciona Serpa (1999, p. 88):

A realidade dos conflitos familiares contém um indistinto emanharado de conflitos legais e emocionais, e quando não são resolvidos pelos protagonistas, transformam-se em disputas intermináveis nas mãos de terceiros, deixando sérias marcas na sociedade.

Afinal, um dos princípios fundamentais do Direito de Família é o Princípio da Afetividade. Tal princípio determina existir entre as pessoas envolvidas uma afetividade anterior, a qual pode ser naturalmente afetada pela existência da lide. A afetividade se torna a base da estabilidade das relações socioafetivas naturalmente existentes no campo familiar.

Nas palavras de Sales (2003, p. 250):

o processo de mediação evidencia a existência de conflitos reais e de conflitos aparentes. Em muitos casos, as pessoas trazem à discussão um conflito que não é de fato aquele que está causando o transtorno momentâneo - é o conflito aparente. Normalmente, quando o diálogo sobre o conflito real causa constrangimento, vergonha, medo, as pessoas criam conflitos aparentes para iniciar a comunicação. Por isso é de fácil constatação o fato de que o conflito, que é exteriorizado muitas vezes, não reflete o conflito real, assim, não há espaço para uma discussão profícua e consciente. Esse conflito dificilmente será revelado e os atos que porventura surgirem, inclusive violentos, podem decorrer da falta de discussão do problema que está verdadeiramente causando o desentendimento entre as pessoas.

A Mediação, ao contrário do Poder Judiciário, promove a aplicabilidade direta do princípio supramencionado, eis que promove, através do diálogo, a resolução pacífica do conflito, sendo um instrumento de convivência social entre as partes que litigam. Já o Poder Judiciário, em contrapartida, penderá,

inevitavelmente, para algum dos dois lados que litigam, tirando a possibilidade de efetivar a afetividade.

Conforme Serpa (1999, p. 17) igualmente explica:

As famílias, geralmente operam de acordo com suas próprias leis, e são rebeldes à imposição padrões de terceiros. Quando são pressionadas, tomam a justiça em suas próprias mãos, e ignoram decisões, sejam profissionais ou judiciais.

Torna-se, pois, mais fácil o fiel cumprimento do acordado por parte dos litigantes pelo instituto da Mediação que pela sentença judicial transitada em julgado.

Imaginemos o exemplo de um filho cujos pais se encontram em lide relacionado ao valor da pensão alimentícia a ser paga pelo pai. Em sede de processo judicial, o magistrado – terceiro alheio – certamente determinará o *quantum* a ser pago pelo pai em sede de pensão alimentícia, a qual este, irritado com o valor determinado, deixe livremente de pagar a pensão determinada, somente pagando quando da possibilidade de coação física (prisão).

Em contrapartida, a mãe, frustrada com o valor da pensão a ser pago, passa a exigir “por fora” do pai pagamentos de outros gastos do filho. Com tal situação, apesar da lide ser sido tecnicamente sanada, certamente sabemos que, no caso concreto, não o foi, aumentando o dissabor entre os pais.

Já em sede de Mediação, certamente os pais chegarão a um acordo de forma livre e desimpedida, na qual não haverá “ganhador” ou “perdedor”, mas sim a proteção do direito do menor envolvido. Os pais analisam suas situações financeiras e deixam de lado as animosidades existentes entre ambos. Passam, assim, a pensar – com a ajuda do mediador – no menor, agindo para o melhor conforto deste.

O principal fruto da Mediação, no caso, será a pacificação da relação conflituosa dos pais, que pensarão na qualidade de vida do filho e agirão para o seu melhor conforto. Afinal, após a resolução da lide, a relação entre os pais envolvendo o filho certamente continuará até, pelo menos, este se tornar maior de idade.

4. Considerações Finais

Em tempos remotos, as pessoas por elas mesmas delimitavam o seu próprio patrimônio e repeliam agressões de terceiras pessoas aos seus direitos. Porém, como ali reinava a lei do mais forte, acabava por uma pessoa, querendo subjugar a outra, subtraindo-lhe seus direitos como patrimônio, liberdade ou até mesmo a vida, não havia quem o repelisse. Thomas Hobbes, filósofo do século XVIII, resumiu tal período na frase “o homem é o lobo do próprio homem”.

O Estado, com o avanço da sociedade, foi criado com o intuito principal de monopolizar o direito de julgar as lides criadas por ocasião das relações humanas. Dessa forma, se duas pessoas brigam entre si com o intuito de ver quem deles é o real proprietário de determinado bem ou direito, quem decidirá e dará a palavra final é o Estado. Nasce, assim, o Poder Judiciário.

Com o passar dos anos, todavia, o Poder Judiciário foi se tornando abarrotado, tamanha a quantidade de lides que apareciam por lá. O legislador, dessa forma, percebeu a necessidade de se criar métodos de resolução de conflitos extrajudiciais, as quais não dependiam do Poder Judiciário para resolução do problema. Criou-se assim, os chamados MESCs, Meios Extrajudiciais de Resolução de Conflitos.

No ano de 2015 foi promulgada a Lei de Mediação, com o número 13.140. Tal Lei, a 13.140/15, trouxe o instituto da Mediação fora do processo judicial em curso. Mediação, para a referida lei, é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

A Mediação, portanto, pode ser entendida como um método extrajudicial de resolução de conflitos em que uma terceira pessoa – denominada *mediador* – auxilia a solução pacífica do conflito entre as pessoas conflitantes, através de um acordo.

A Lei 13.140/15 determina que a Mediação pode ser aplicada em todo e qualquer conflito sobre direitos disponíveis ou, ainda, sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Diferencia-se da arbitragem porque, nesta, só se admite sua aplicação em conflitos relativos a direitos patrimoniais

disponíveis, sendo que a mediação pode ser aplicado em todos os direitos disponíveis, patrimoniais ou não, bem como nos indisponíveis, desde que admitam transação.

Já em relação aos direitos indisponíveis que admitem transação pode-se entender qualquer direito na qual a parte não pode dispor, mas tal direito se flexibiliza a ponto de permitir que esta realize acordo, por exemplo, em relação às vantagens existentes de tal direito, como a imagem, voz, nome e criações intelectuais. Dessa forma, a vantagem econômica de tais direitos é disponível e transigível, sendo que o direito *per se* indisponível e intransigível.

A Lei de Mediação, entretanto, determina que o consenso entre as partes quando se envolve direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juiz, após oitiva do Ministério Público. Assim, a Mediação envolvendo direitos indisponíveis, ainda que realizada por pessoas capazes, deve-se passar pelo crivo do Poder Judiciário e da atuação ministerial.

No campo do Direito de Família, a Mediação se torna salutar haja vista a afetividade anterior existente entre os litigantes, a qual determinam que o litígio seja envolvido não apenas pelo patrimônio, mas também por sentimentos, como raiva, tristeza ou amargura.

Assim, na Mediação o terceiro, alheio às partes, auxiliará na composição amigável de acordo, fazendo com que as partes entendam a utilidade de resolverem amigavelmente o litígio, em benefício não de um, mas de todos. Já no Poder Judiciário, o mesmo terceiro imporá uma sentença favorável a uma parte e, certamente, desfavorável a outra. Esta, envolvida nos sentimentos que compuseram o litígio, acabará por vir a atrapalhar a aplicação da sentença, necessitando de constantes intervenções judiciais e o eterno desenrolar do litígio, que nunca acaba.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 5 ed. 2012.

BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. (1996). *Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a Arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. (2015). *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.

_____. (2015). *Lei 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

CACHAPUZ, Rosane da Rosa. *Mediação nos Conflitos & Direito de Família*. 1ª ed., 4ª. Curitiba: 2003, p. 35.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial. Direito das obrigações. Extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 25, p. 117-118.

SALES, Lilian Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

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

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 3 ed. São Paulo: Método, 2008.