

2018

CARTILHA DE MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA



COMISSÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DA OAB/SC

Jorge Nunes da Rosa Filho - Presidente

Grace Regina Costa - Vice-Presidente

Natasha Neis Philippi Rotta - Secretária-Geral

Adriana Leticia Blasius

Agnes Aparecida Ubaldo

Ana Carolina Zanini

Ana Paula Antunes Guedes

Cristine Vaz Teixeira

Damaris Badalotti

Doris Ghilardi

Etel de Oliveira Monteiro

Gabriela Bunn Santos

Gabriela Jacinto

Isabella de Souza Nogueira

Ketti Vieira

Janaina Silva Sodré Bortolato

João Gabriel de Rezende Correa Pimenta

Larissa Tenfen Silva

Luciana Faísca Nahas


Manon Habkost Machado

Marco Aurélio Waterkemper Ozol

Maria Fernanda de Oliveira


Rafaella Nunes Coutinho

Ramon Neves Mello



Seguindo a orientação prevista na Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, o Novo Código de Processo Civil trouxe transformações que visam aproximar as partes, sem a confrontação dos seus interesses. Uma das significativas mudanças diz respeito à inclusão da técnica da Mediação, como mecanismo para tratar conflitos cujas relações precisam ser preservadas no tempo, como no caso, os conflitos continuativos do Direito de Família.

Atualmente, além da positivação da Mediação no Novo Código de Processo Civil, há, também, a promulgação da Lei 13.140/2010, consistente no Marco Legal da Mediação no Brasil, surgindo, assim, o novo modelo Justiça Cooperativa e Consensual, que deve ser estimulado por Juízes, Advogados, Defensores Públicos e Membros do Ministério Público, inclusive, no curso do processo judicial.



CONCEITO

A mediação consiste no método, ou técnica, autocompositivo/a, no qual um terceiro imparcial, devidamente capacitado, conduz e restabelece a comunicação entre as partes, para que compreendam seu papel e redirecionem o conflito.

De acordo com a respectiva Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, a mediação é um instrumento efetivo de pacificação social, solução e prevenção de litígios. Assim, sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças.

DIFERENÇAS: MEDIAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

Importante destacar a diferença existente entre a mediação extrajudicial, regulamentada pela referida Lei nº 13.140/2015 e da mediação judicial regulamentada pelo Novo Código de Processo Civil Lei nº 13.105/2015.



A mediação extrajudicial é aquela buscada espontaneamente pelas partes, fora do Poder Judiciário, podendo ser realizada em uma câmara ou ambiente privado. O mediador utilizará de técnicas de pacificação para que as partes encontrem solução ao impasse. Nesta modalidade de mediação, o mediador será escolhido pelas partes.

Já a mediação judicial ocorre no curso de um processo judicial. A mediação é tida pelo art. 3º do Código de Processo Civil como norma fundamental, devendo o Estado promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. Neste caso, após o ingresso com a ação.



VANTAGENS DA MEDIAÇÃO

Pode-se dizer que as vantagens da mediação são inúmeras. Senão, vejamos.

Nem todo conflito precisa ser judicializado, e, a forma autocompositiva é aquela que possui maior chance de trazer satisfação às partes, bem como pacificação social.

A economia de tempo é outro fator a ser levado em consideração. Enquanto um processo judicial pode perdurar por anos, colecionando teses e recursos, a mediação, seja judicial ou extrajudicial, pode trazer uma solução benéfica às partes em tempo reduzido.

A voluntariedade para o método gera maior resultado no que concerne ao restabelecimento de vínculos. Como a solução do conflito é decidida pelos próprios envolvidos, os acordos são mais efetivos e espontaneamente cumpridos.

O acordo obtido na mediação e reduzido a termo constitui título executivo extrajudicial se assinado por duas testemunhas, podendo, a critério das partes, ser homologado judicialmente, hipótese em que se converterá em título executivo judicial.

A mediação, portanto, é pautada na cooperação das partes, no respeito e na confiança, através da imparcialidade do terceiro facilitador.

IV

QUAIS CONFLITOS PODEM SER SOLUCIONADOS PELA MEDIAÇÃO?

Em contrapartida, tem-se que diversos são os conflitos que podem ser levados à mediação, dentre eles, os familiares, empresariais, condominiais, de vizinhança, entre tantos outros.



A mediação é utilizada, portanto, em conflitos que possam ser resolvidos por meio do diálogo. É lícita a mediação em toda matéria que admita reconciliação, transação ou acordo, sendo a melhor indicação para os casos em que deseja que as relações entre as partes envolvidas restem preservadas após a resolução do conflito.

A **independência e autonomia**, como sinônimos, frisam-se no dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável.

O **respeito à ordem pública e às leis vigentes** nada mais é que o dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes.

Empoderamento é o dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição.

Por fim, a validação é o dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito.

PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO

O procedimento da Mediação é pautado por princípios que devem ser pontualmente observados com o objetivo de garantir a efetividade do instituto.

Assim, são princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

A **confidencialidade** pauta-se no dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese.

A **decisão informada** é o dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido.

A **competência** rege o dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação.

Imparcialidade é o dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente.

QUEM É O MEDIADOR (REQUISITOS E CARACTERÍSTICAS)

Neste seguimento, importante definir quem é o mediador, os requisitos que ele deve cumprir e suas principais características.

De acordo com o Código de Processo Civil, o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará os interessados na compreensão das questões e dos interesses em conflito, de modo que possam, por si próprios, mediante o restabelecimento da comunicação, identificar soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (art. 165, § 3º).

Para a mediação judicial, os mediadores devem ser devidamente capacitados e cadastrados pelos Tribunais, aplicando-se a estes os motivos de impedimento e suspeição dos juízes, devendo, quando constatados, serem informados aos envolvidos, com a interrupção da sessão e a substituição daqueles.

Algumas regras que regem o procedimento da mediação são normas de conduta a serem observadas pelos mediadores para o bom desenvolvimento daquele, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas, resumidamente, a informação, devendo esclarecer os envolvidos sobre o

método de trabalho a ser empregado; a autonomia da vontade, respeitando os diferentes pontos de vista dos envolvidos; ausência de obrigação de resultado, não forçando um acordo ou tomando decisões pelos envolvidos; desvinculação da profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos; e compreensão quanto à conciliação e à mediação, assegurando aos envolvidos, ao chegarem a um acordo, que compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento.

O mediador, por sua vez, deve respeitar o instituído na Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, sendo que, o descumprimento dos princípios e regras estabelecidos, bem como a condenação definitiva em processo criminal, resultará na exclusão do mediador do respectivo cadastro e no impedimento para atuar nesta função em qualquer outro órgão do Poder Judiciário nacional.

MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA



Se a mediação já faz parte da regra geral no Código de Processo Civil, no procedimento especial das ações de família essa sistemática se justifica de maneira ainda mais intensa, uma vez que é nestas ações, o lugar onde nos deparamos com questões intrínsecas do conflito, ou seja, com mágoas, frustrações e angústias, que muitas das vezes não são externalizadas aos advogados, que foram treinados para lidar com questões jurídicas, e não com os sentimentos e os verdadeiros interesses das partes.

Assim, se no procedimento comum a mediação era uma escolha dada às partes, no procedimento destinado às ações de família, as partes são obrigadas a comparecer à primeira sessão, pelas seguintes razões:

- Primeiro porque não há no procedimento das ações de família, hipótese de exceção contidas no artigo 334, § 4, “desinteresse manifestado expressamente por ambas as partes”.

- Segundo porque no procedimento das ações de família “todos os esforços serão empreendidos na solução consensual do conflito” (art. 663 CPC).

Contudo, é preciso frisar que em razão do princípio da autonomia da vontade, as partes não estão obrigadas a permanecer no procedimento, mas tão somente, de comparecer à primeira sessão de mediação, ou seja, além de demonstrar excelente oportunidade de conhecer o instituto, revela-se momento oportuno para que elas possam restabelecer o diálogo e transformar positivamente o conflito.

No procedimento das ações de família, a mediação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito. Desta maneira, se ao final da primeira sessão ficar demonstrado a vontade das partes em permanecer no procedimento, o mediador deverá agendar a próxima sessão.

Caso não seja possível o acordo ao final da sessão, passarão, então, a incidir as normas do procedimento comum (observado o art. 335 CPC) devendo a parte contrária ser intimada para apresentar contestação no prazo de 15 (quinze) dias (art. 697 CPC).

PAPEL DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO

Se há um novo paradigma de justiça, significa, também, que se deve realizar mudanças nas posturas dos profissionais atuantes. A inclusão da mediação como forma de tratar os conflitos, impõe novos desafios aos advogados, sendo que muitos desses profissionais precisam atualizar-se para atuar adequadamente.

Inegável que o advogado bem preparado para a mediação é tão importante para o cliente quanto aquele que atua nas audiências dos processos contenciosos.

A presença do advogado é percebida como fundamental, inclusive no contato prévio com o cliente quando, além de realizar explicações preliminares sobre o procedimento (reuniões fechadas, confidencialidade e possíveis acordos), reforça o discurso sobre as vantagens da mediação, o papel e os limites ético do mediador (neutralidade, imparcialidade etc.) e, as ferramentas e técnicas por ele aplicadas.

Além disso, o advogado deve orientar o seu cliente antes da sessão de mediação com o intuito de elencar todas as possibilidades de ganhos recíprocos, identificando quais são os interesses do seu cliente, focalizando sempre na solução do problema, e não nas pessoas envolvidas.

O advogado deve ter em mente que na mediação são as partes as verdadeiras protagonistas, ou seja, são elas que detêm o direito de expor seu ponto de vista e cabe apenas a elas o poder de decisão.

Assim, antes da sessão de mediação o advogado tem a importante missão de explicar minuciosamente ao seu cliente que não existem vencedores e vencidos, como ocorre no processo judicial, pois o que se busca é satisfazer os interesses de ambas as partes, através de um acordo que contemple ganhos mútuos.

Por isso, mostra-se fundamental preparar o cliente adequadamente para a sessão, explicando a importância de

saber ouvir a outra parte, usar da boa-fé e educação, possibilitando a construção de um diálogo saudável e produtivo.

Durante o procedimento, o advogado colabora para ampliar o leque de opções e assegura tomada de decisões não somente isentas de impropriedades jurídicas, mas, também, com critérios objetivos que propiciem acordos mutuamente aceitáveis, lembrando, sempre, que não cabe ao mediador aconselhar ou proferir opiniões aos mediados.

A importância da presença do advogado também pode ser observada quando ele identifica e apresenta a respectiva reclamação em casos de condutas antiéticas, de impedimento e suspeição do mediador.

Celebrado acordo entre as partes, cabe ao advogado revisá-lo, verificando sua viabilidade em consonância com as normas jurídicas válidas, de modo a evitar futuras nulidades e, ao final providenciar sua oficialização jurídica

Assim, o advogado deve atuar neste novo modelo de justiça, desempenhando papel colaborativo, diferente, por conseguinte, da combatividade que caracteriza a sua atuação nos processos judiciais, bem como elencar as vantagens que a mediação pode trazer, sobretudo, aos conflitos familiares, na busca por soluções efetivas através da restauração da convivência pacífica, e de acordos que visem proporcionar ganhos recíprocos.



HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA MEDIAÇÃO:

Por fim, como evidenciado, a pré-mediação no procedimento das ações de família passou a ser uma etapa obrigatória do processo, por esta razão a presença do advogado mostra-se fundamental. Deste modo, os honorários advocatícios não devem apenas estar assegurados como também valorizados. Afinal, além de ser um dever do advogado “estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”, previsto no artigo 2º, VI, do Código de ética da advocacia, encontrar soluções satisfatórias tempestivamente para o conflito apresentado, requer do advogado preparação técnica e tempo, logo, deve ser atividade remunerada adequadamente.

Nota-se, ainda, que na mediação, o advogado além de preparar o cliente para a sessão, cujas técnicas são completamente distintas das técnicas aplicadas em uma audiência, por exemplo, ficará disponível para assessorá-lo sob quaisquer questões jurídicas que possam surgir durante a sessão. Assim, quando tratar-se de mediação extrajudicial, os honorários advocatícios também estarão protegidos pelo Código de Ética da OAB, em consonância com o respectivo artigo 48, sendo, portanto, vedada a diminuição dos honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial.