

**MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM COMO MÉTODO PARA A SOLUÇÃO DOS
CONFLITOS FAMILIARES**

**Jaqueline da Silva Paulichi
Polyana Benhossi**

Resumo: A preocupação com os meios alternativos de solução dos conflitos é cada vez maior, sendo assunto de extrema relevância para a sociedade. Devido à grande importância deste tema é necessário um estudo multidisciplinar abordando especificamente a área familiar, e as suas formas de solução de litígios. O presente artigo pretende abordar as técnicas de mediação e arbitragem e as suas conseqüências para o mundo prático.

Palavras-chave: Mediação; Arbitragem; Família; Solução de conflitos; direitos patrimoniais disponíveis.

Mediation and Arbitration as a Method for the Solution of Familiar Conflicts

Abstract: The preoccupation with alternative ways for solution of family conflicts has been greater, being a subject of extreme relevance to society. Because of the great importance of this theme, a multidisciplinary study, which approaches the family area and its forms of disputes' solutions, is necessary. The present article intends to approach techniques of mediation and arbitration and its consequences for the practical world.

Keywords: Mediation, Arbitration; Family, Conflicts' Solution, Disposable Property Rights

1. Introdução

Neste período de globalização, onde ocorrem mudanças conseqüentemente radicais na sociedade em que vivemos, se faz necessário que o Direito consiga sofrer pequenas "mutações", acompanhando as diversas mudanças que ocorrem, com a finalidade de garantir a segurança jurídica, que visa atingir a paz social e o bem comum.

Com isso devemos entender ainda, que o meio judiciário vem sendo muito provocado na busca de soluções para os litígios existentes, sobrecarregando as Justiças e os Tribunais com seus inúmeros processos. Pensando nisso, na doutrina e na prática

surgiram os chamados métodos de solucionar os conflitos sem que haja tanta demora e gastos para ambas as partes. Entre eles estão a Mediação e a Arbitragem, que podem ser usadas em diversos ramos no Direito, na busca ágil e simples de resolver o conflito.

No entanto, tende-se à análise desses métodos como meio de solucionar os conflitos no âmbito familiar, para isso, far-se-á necessário compreender quais as maneiras que a mediação e a arbitragem são usadas no Direito de Família.

Primeiramente deve-se compreender o conceito de família, de mediação e arbitragem e sua constitucionalização, logo em seguida serão demonstrados os limites impostos à possibilidade de solução dos conflitos.

Diante disso, é que se chegará à análise do uso desses métodos nos conflitos familiares, observando que a mediação e a arbitragem no Direito de Família têm por objetivo a pacificação do conflito familiar, e vem a ser a atividade que tem por finalidade despertar a responsabilidade das partes e dos operadores do direito na reorganização familiar, valendo-se de todas as alternativas disponíveis para reconstruir um novo significado para o litígio, principalmente nos casos de ruptura do casamento.

2. Conceito de família

A Constituição Federal define o que seria entidade familiar, em seu art. 226, § 4º, compreendendo a formada por pais e seus descendentes, nominada em família monoparental, inclui-se ainda como entidade familiar o casamento, a união estável, as famílias formadas entre irmãos (chamadas de famílias anaparentais).¹

Segundo Maria Berenice Dias este conceito também está expresso na Lei Maria da Penha, como cita :

[...] Quer as relações de um homem e uma mulher, quer as formadas por duas mulheres ou constituídas entre dois homens, todas configuram entidade familiar. Ainda que a Lei tenha por finalidade proteger a mulher, acabou por cunhar um novo conceito de família, independente do sexo dos parceiros. Assim, se a família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Ainda que eles não se encontrem ao abrigo da Lei Maria da Penha, para todos os outros fins impõe-se este reconhecimento. Basta invocar o princípio da igualdade.²

¹ Cf. DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça:** a efetividade da Lei 11.340/06 de combate à violência familiar contra a mulher. São Paulo: Ravista dos Tribunais, 2007. p.43.

² DIAS, Maria Berenice. *op. cit.* p. 37 – 38.

É o vínculo jurídico que engloba pessoas de natureza familiar, sendo sob relação conjugal, de parentesco em linha reta ou por afinidade ou no caso de doação, feita por vontade expressa.³

A Constituição Federal de 1998 tem por objetivo a proteção da família e, conseqüentemente, à uma nova noção de família, tanto nas relações afetivas quanto na dignidade de seus membros, independentemente, da sua origem. Sendo assim, a família merece proteção do Estado, sendo essa família advinda de um matrimônio ou não, como por exemplos, os casos de união estável ou a família monoparental, conforme art. 226 da CF/88. Além da proteção da família a Constituição prevê o princípio da Igualdade entre os cônjuges e facilita a dissolução do vínculo do casamento pelo do divórcio, de acordo com os §§ 5º e 6º do referido artigo.⁴

Diante desses conceitos, entende-se que é perfeitamente cabível o uso da mediação e arbitragem como meio de solução dos conflitos no âmbito familiar, buscando sempre trazer vantagens para ambas as partes e celeridade processual.

3. Conceito de mediação e arbitragem

Mediação trata-se de uma das formas de composição voluntária, usada quando as possibilidades de entendimento direto entre as partes se esgotaram, tornando necessária a intervenção de um terceiro imparcial e sem interesse direto na demanda, para auxiliá-las a encontrar a solução do conflito. O mediador desempenha um papel ativo, com notável grau de iniciativa, não só porque a sua conduta tem o objetivo de aproximar as partes conflitantes, separadas pela distância dos pontos de vista de cada uma, mas também porque apresenta alternativas para estudo dos interessados. As tentativas de composição formuladas pelo mediador não têm efeito vinculativo para os sujeitos do conflito, que podem acatá-las ou não.

³ Cf. CUNHA, Rogério Sanches; BATISTA PINTO, Ronaldo. **Violência Doméstica Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06)**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 51.

⁴ Cf. BARROS, André Borges de Carvalho; AGUIRRE, João Ricardo Brandão. **Direito Civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 4. p. 193.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

Já a arbitragem, meio heterocompositivo para a solução dos conflitos, normalmente ocorre quando a terceira pessoa especialista na matéria que lhe é apresentada impõe sua decisão.⁵

Esta forma de solucionar os conflitos aparece ao lado de outras demais formas como institutos de negociação, da conciliação, da mediação entre outros. Essas diversas formas de solucionar conflitos de questões que envolvam direitos patrimoniais disponíveis apresentam características próprias, porém possuem o mesmo objetivo que são: rapidez na solução, economia, sigilo, redução das formalidades, maior autonomia das partes, dentre outras.

Para Carlos Alberto Carmona:

A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia da sentença judicial.⁶

Assim, a arbitragem é um meio privado e alternativo à solução judicial de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis, através da sentença arbitral, obrigatória para as partes nos termos da Lei nº 9.307/1996. A imposição ainda pertence ao Poder Judiciário, no que diz respeito a sua execução.

Vale ressaltar que ambos os métodos alternativos nos trás várias vantagens, entre elas está a celeridade processual que se imprime á solução dos litígios; a escolha pelas partes do procedimento a ser adotado; a confiabilidade (já que as partes escolhem o arbitro, tribunal arbitral ou instituição de arbitragem que dirimirá o litígio); a descrição e sigilo, em contradição à publicidade exigida em certos processos judiciais; a consensualidade na escolha no árbitro e do procedimento; entre outras vantagens. Em fim, trata-se de processo informal, imparcial e, sobretudo, veloz, econômico, que consegue manter a segurança jurídica.⁷

⁵ Cf. ALMEIDA, André Luiz Paes de. **Direito e Processo do Trabalho**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 9. p. 94.

⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo** – comentários à lei 9.307/96. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 33.

⁷ Cf. SILVEIRA, Verena Sapucaia da. **Aplicabilidade da Arbitragem nas Relações Trabalhistas**. Artigo. 2009.

4. A constitucionalidade do uso da arbitragem

A Lei que concretizou a arbitragem e seu juízo arbitral é a 9.307/96, e especificamente em seu art. 18 cita que:

“Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário.”

Há autores que julgam a Lei de Arbitragem como inconstitucional, afirmando que o citado artigo fere o princípio da inafastabilidade da jurisdição disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. No entanto, esse posicionamento está equivocado e deve ser afastado, pois a Constituição apenas afirma que é vedada a “exclusão” da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito.

Conforme expressa a Lei de Arbitragem, não há impedimento para o conhecimento de um conflito pela Justiça Estatal, mas, por outro lado, abre espaço para a solução dos litígios, que pode ou não ser aceita pelas partes, podendo escolher se farão uso da arbitragem ou do Poder Judiciário. O uso da arbitragem, por sua vez, deverá versar apenas assunto de direitos patrimoniais disponíveis e que envolvam somente pessoas maiores e capazes, de acordo com o art. 1º da referida Lei.

Assim, as partes buscando a solução do seu litígio poderá optar pelo procedimento que melhor compreender, pela arbitragem (método mais rápido, com redução dos custos e sem despesas processuais e também sigiloso) ou pelo Poder Judiciário, que pode levar anos para se chegar a obter uma sentença transitada em julgado.

Vale ressaltar que, firmado o compromisso arbitral, o que exclui é o acesso aos órgãos judiciais do Estado, mas não à Jurisdição, visto que os árbitros exercem atividade jurisdicional.

Ainda existe a possibilidade de haver certo controle judicial sobre a atividade arbitral, como por exemplo, a decretação da nulidade da sentença arbitral, disposta no art. 33 da Lei nº 9.307/96. Entende-se assim, que muito embora a decisão do árbitro tenha sido elevada à categoria de sentença arbitral, logrando alcance de coisa julgada material, existe previsão legal de reparação deste ato pelo Judiciário.

Visto que a arbitragem é uma opção, uma faculdade das partes de se decidirem pela utilização de um meio baseado na confiança para a resolução de suas diferenças, há

que se falar que, ir contra a decisão do árbitro escolhido pela própria parte que decidiu baseado em regras também convencionadas pela parte seria ir contra os princípios básicos do próprio instituto, nesse sentido existe a possibilidade de recurso ou homologação.⁸

Enfim, existem muitas divergências quanto à constitucionalidade da Lei de Arbitragem, porém, percebe-se que a referida Lei possui grandes benefício tanto para as próprias partes no litígio quanto à própria Justiça, que paira de tempo e custos para se chegar num resultado, que nem sempre é o melhor e o esperado pelas partes. Dessa forma, afirma-se o reconhecimento sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96 e pelos seus diversos benefícios à sociedade.

5. Limites impostos a possibilidade de solução arbitral e mediação

Em regra, o juiz utilizará, para as obrigações constituídas no Brasil, a lei brasileira.

É indiscutível a forma de solução dos conflitos, que pode ser pela jurisdição estatal, e a forma estabelecida pela Lei 9.307/1996, que estabelece a possibilidade alternativa e privada de solução de conflitos pela via arbitral. Sendo assim, se a decisão for pela solução arbitral do caso conflitante, que por sua vez substitui a via judicial, os sujeitos da relação poderão escolher quais normas de direito material serão aplicadas ao então árbitro em decorrência do princípio da autonomia da vontade das partes.

A autonomia da vontade das partes encontra limite na ordem pública que por sua vez não pode ser derogada pelos sujeitos, pois sua aplicação interessa a toda a sociedade.

Outro limite a ser mencionado é que a via arbitral e a mediação só poderá ser utilizada quando se tratar de direitos disponíveis. Os direitos de cunho patrimoniais disponíveis são as relações jurídicas de direito obrigacional, ou seja, são aqueles que encontram sua origem nos contratos, nos atos ilícitos e nas declarações unilaterais de

⁸ Cf. VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Ainda sobre a constitucionalidade da lei de arbitragem.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2731>>. Acesso em: 06 set. 2010.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

vontade.⁹ Por exemplo, pode-se optar pela via arbitral no caso de uma ação revisional de alimentos, vez se tratar de direito disponível das partes. O que não poderá ocorrer numa ação de investigação de paternidade, por se tratar de direito indisponível da pessoa. O árbitro não poderá decidir se um sujeito é filho ou não de outro sem o devido processo legal. Também o árbitro não pode decidir se a pessoa tem ou não o direito à honra, vez que este direito é indisponível. Igualmente no caso da mediação, onde o mediador, não poderá apenas auxiliar as partes a decidirem se o filho é ou não daquele sujeito.

De acordo com o artigo 852 do Código Civil, é vedado qualquer compromisso para solução de questões de direito pessoal de família e outras que não tenham caráter estritamente patrimonial. No entanto, com a promulgação da Lei n.º11.441/2007 (que por sua vez, introduziu o artigo 1.124-A ao CPC), é possível as partes fixarem alimentos entre si, por meio da Escritura Pública de Separação. Sobre a instituição da arbitragem, a decisão do desembargador Élcio Trujilo deve ser mencionada;

... .A instituição da arbitragem deve ser respeitada pela jurisdição estatal como qualquer convenção privada. Evidente da regularidade que não se afasta do controle do Poder Judiciário a apreciação da regularidade do processo de arbitragem, que como todo ato jurídico está sujeito a ser invalidado (TJSP, AI 501.512-4/4-00, rel. Des. Élcio Trujilo, j. 30.05.2007).

Sendo contratual o instituto da arbitragem, podem as partes optar pelo uso da analogia, equidade, bem como o uso das normas estrangeiras, desde que não afrontem os costumes do direito brasileiro. É muito comum o uso de leis estrangeiras quando se trata de conflitos entre empresas de grande porte, de cunho internacional, pois assim há a melhor solução do litígio.¹⁰

O árbitro por sua vez não precisa ter formação jurídica, segundo a legislação brasileira, diz que é necessário ter capacidade, então não há na nossa lei a exigência de que o árbitro tenha formação jurídica. Evidente que os doutrinadores defendem que o árbitro tem que ter conhecimento de direito, pois se trabalhar com a arbitragem de

⁹ ALMEIDA, André Luiz Paes de. **Direito e Processo do Trabalho**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 9.

¹⁰ Aula ministrada pelo Doutor Ivan Aparecido Ruiz em curso de pós graduação em Direito Civil e Processual Civil do Centro Universitário de Maringá, em 27 de Agosto de 2010.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

direito, o árbitro deve conhecer ao menos o básico do ordenamento jurídico. Ao fazer a ata de acordo das partes é necessário saber fazer o relatório, dispositivo e etc. tal como o juiz.

O árbitro e o mediador também devem respeitar alguns princípios que são estudados em direito processual, esses requisitos estão previstos no art. 21 §2º da lei 9.307/1996 (lei de arbitragem):

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.(...) § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Como ainda não se tem uma lei própria para a mediação, é necessário usar dos princípios gerais do direito e da relação a ser mediada para que a solução do conflito seja eficaz. O projeto de lei de Mediação nº . , de 2.003, em seu artigo 14, preceitua que “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.”¹¹ Sendo assim, o mediador deverá também atuar de acordo com alguns princípios elencados na lei de arbitragem, como por exemplo, o princípio da imparcialidade. Os princípios, como métodos norteadores do direito ajudam o mediador e o árbitro a optar pela melhor solução dos conflitos, devendo sempre ser respeitados.

Miguel Reale assim preceitua:

Restringindo-nos ao aspecto lógico da questão, podemos dizer que os princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido

¹¹ O presente Projeto de Lei é o resultado da harmonização de duas propostas legislativas: o Projeto de Lei n.94, de 2.002, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, aprovado pela Câmara dos Deputados e atualmente na Comissão de Constituição e Justiça do Senado; e o Anteprojeto de Lei do Instituto Brasileiro de Direito Processual, apresentado ao Ministro da Justiça Dr. Márcio Thomas Bastos, no mesmo ano. Disponível em <http://www.camec-mg.com.br/pdf/projeto_de_lei_de_mediacao.pdf> acesso em 02.09.2010

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxi..¹²

Infringir um princípio afronta todo o ordenamento jurídico, mesmo no caso da mediação e arbitragem, pois os princípios trazem consequências muito mais intensas do que transgredir uma regra.

Humberto Ávila assim define os princípios:

Os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras. Sendo assim, os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras.¹³

Sendo assim, é necessário avaliar os princípios a serem respeitados pela via arbitral e pela mediação, sendo estes os princípios; do contraditório, da imparcialidade, da igualdade das partes e do livre convencimento.

O contraditório deve ser exercido durante todo o procedimento da arbitragem, pois se há a necessidade de audiência para acolher depoimento de testemunha deve dar a parte o direito de fazer perguntas a ela, em decorrência deste princípio. O Princípio do Contraditório é assegurado pelo artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, mas pode ser definido também pela expressão *audiatur et altera pars*, que significa “ouça-se também a outra parte”. É um corolário do princípio do devido processo legal, caracterizado pela possibilidade de resposta e a utilização de todos os meios de defesa em Direito admitidos.¹⁴

O princípio da imparcialidade diz respeito ao árbitro, que deverá dar a solução ao litígio de forma imparcial, sem interesse no caso em questão. Esse princípio da imparcialidade é pressuposto de validade do processo, tanto que a legislação processual traz os casos de impedimento e suspeição, onde o juiz não poderá atuar a jurisdição. Esse pressuposto é de tamanha exigência, e tão grave se não observado, pois em se tratar de caso de impedimento, depois de julgado todo o processo, e a sentença fizer efeitos material e processual para o processo, se o juiz é impedido dentro do prazo da

¹² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria Geral dos Princípios**. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹⁴ BUENO. Cássio Scarpinella. **Aplicabilidade do Princípio do Contraditório nas relações particulares**. 1º Ed. Saraiva: São Paulo. 2009

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

ação rescisória, eu posso ingressar com ação rescisória para desconstituir o ato. Alguns autores dizem que não há imparcialidade sem jurisdição, é inseparável.¹⁵

O princípio da igualdade das partes, consagrado no art. 3.º-a do Código de Processo Civil, significa que as partes no processo têm os mesmos direitos e garantias processuais. Esse é um princípio que emana o rigoroso cumprimento do contraditório e da ampla defesa, pois se uma parte tem o direito a recorrer de uma sentença, a outra também o terá se esta também se sentir prejudicada pela decisão.¹⁶ Tal princípio tem aplicabilidade no ato da arbitragem quando diz respeito as partes do conflito poderem se manifestar igualmente. Aplica-se também este princípio no caso da mediação, pois o mediador ao auxiliar as partes a encontrarem uma solução ao litígio deve fazê-lo que todos os interessados possam se manifestar acerca do assunto a fim de encontrar a melhor maneira de satisfazer o conflito.

O princípio do livre convencimento motivado do árbitro ou do mediador tem por sua função garantir que o agente que vai indicar uma solução para o conflito, ou aquele que vai auxiliar as partes a resolverem o litígio, execute sua função de modo que não seja estritamente legalista, não se atenha apenas ao que está provado, e sim veja pela razoabilidade do que é justo e necessário no caso concreto. É o conjunto de provas, de depoimentos pessoais e testemunhais, a lei e os princípios a serem aplicados ao caso que vão formar o livre convencimento do mediador ou do árbitro. O direito processual brasileiro, optou pelo princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, conforme se depreende dos termos do artigo 131 do Código de Processo Civil pátrio: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”¹⁷

¹⁵ Aula ministrada pelo Doutor Ivan Aparecido Ruiz em curso de pós graduação em Direito Civil e Processual Civil do Centro Universitário de Maringá, em 27 de Agosto de 2010.

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso nº JSTJ000. Acórdão nº 07B3943 de 08 Janeiro 2009. Magistrado Responsável RODRIGUES DOS SANTOS. Disponível em <<<http://jurisprudencia.vlex.pt/vid/55312485>>> acesso em 29.08.2010.

¹⁷ PETRY, Vinícius Daniel. A prova ilícita . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 146, 29 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4534>>. Acesso em: 29 ago. 2010.

Neste sentido Ada Pellegrini Grinover esclarece que:

O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados a priori. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (CPC, art. 131 e 436).¹⁸

Há muitos outros princípios gerais das relações sociais que devem ser observados também na mediação e arbitragem, como por exemplo o bom senso. Sendo assim é necessário o mediador e o árbitro ao aplicar o instituto que lhes é devido agir com destreza e no intuito de resolver o conflito da melhor forma possível, observando sempre os limites impostos pela lei, e pelas outras diversas fontes do direito.

6. Uso da arbitragem e da mediação nos conflitos familiares

Na mediação, o mediador atua como terceiro neutro na relação, ele espera e auxilia que as próprias pessoas encontrem uma solução para o conflito familiar, a partir de diálogos, orientação e entrevistas. Hain Grunspun, em seu livro sobre mediação familiar, propõe a existência de uma nova profissão: a de mediador familiar. Profissão essa que ainda é inédita no país, mas muito abordada em outros lugares. Para o autor, o mediador familiar é um profissional, devendo este ser preparado para alcançar um acordo nas controvérsias, conflitos e litígios, junto aos casais e famílias que buscam esse tipo de solução. Esta solução também pode ser indicada pelo Juiz. É bom salientar que, como ainda não se tem uma lei que institua a mediação no Brasil, o mediador deve-se ater aos princípios gerais do direito, e, por analogia, aos princípios gerais estipulados na lei 9.307/1996, que instituiu a arbitragem. Grunspun também defende que o mediador familiar deve ter um conhecimento de quem lida com casais, filhos, famílias e uma comunidade, sendo este preparado para lidar com os conflitos familiares, devendo-se

¹⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, Teoria Geral do Processo, 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 68.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

ater sempre ao melhor interesse dos filhos e da família e facilitando a comunicação das partes acerca da educação e sustento dos filhos.¹⁹

Mas a mediação pode apresentar algumas dificuldades, principalmente quando decisões procuradas ferem algum legislação ou direitos constitucionais, quando há dissimulação entre as partes, ou ainda quando o mediador e/ou as partes estão convictos de que o processo judicial é a melhor saída para o caso. Além disso, o mediador pode esperar que qualquer das partes desista da mediação a qualquer momento e procure advogado para defender seus interesses.²⁰

Lília Maia de Moraes Sales explica que é crescente o uso da mediação na solução de conflitos familiares no Brasil.²¹ Um bom exemplo é o estado do Ceará, onde a mediação tem alcançado destaque na esfera pública com as Casas de Mediação Comunitária – CMC, programa do Governo do Estado, que implementou a mediação gratuita para as comunidades periféricas.

De acordo com a advogada e coordenadora da Casa de Mediação Comunitária da Parangaba, Maria Ivonete Batista Albuquerque, desde a criação desta Casa (julho/2000) mais de mil processos de mediação foram abertos, dos quais, em média, 60% têm como objeto questões familiares.²²

A autora ainda explica que a Universidade de Fortaleza também foi pioneira na mediação dos conflitos, aplicando desde 2002 em seu núcleo de prática jurídica tal procedimento:

No período de fevereiro de 2002 a agosto de 2003, 453 casos foram enviados para a mediação. Desse total, 393 referiam-se a conflitos de ordem familiar, tais como pedido de alimentos, majoração de encargo, exoneração de encargo, execução de alimentos, justificação de não pagamento, separação ou divórcio e investigação de

¹⁹ GRUNSPUN, Haim. *Mediação Familiar – o mediador e a separação de casais com filhos*. São Paulo: LTr Editora, 2000.

²⁰ SILVA, Denise Maria Perissini da. *PSICOLOGIA JURÍDICA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO*. São Paulo: Casa do Psicólogo Editora, 2003.)

²¹ SALES, Lília Maia de Moraes. *A Família e os conflitos familiares- a mediação como alternativa*. Disponível em << http://www.unifor.br/joomla/joomla/joomla/images/pdfs/pdfs_notitia/1691.pdf>> acesso em 19.08.2010.

²² SALES, Lília Maia de Moraes. *A Família e os conflitos familiares- a mediação como alternativa*. Disponível em << http://www.unifor.br/joomla/joomla/joomla/images/pdfs/pdfs_notitia/1691.pdf>> acesso em 19.08.2010.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

paternidade, ou seja, 86% dos casos enviados. O estudo apontou ainda como resultado que: dos 453 processos (dos quais 86% eram de ordem familiar), 365 apresentaram resultado positivo e 88 resultaram em tentativas frustradas. Em média, 80% dos conflitos enviados para as reuniões de mediação tiveram um resultado favorável.²³

O presente estudo da referida autora comprova que a mediação é um ótimo meio para a solução dos conflitos familiares.

A arbitragem, por sua vez, é um instituto muito antigo, conhecido desde a Grécia antiga. A arbitragem foi inserida no ordenamento jurídico antes da lei 9.037 de 1996, mas, no entanto não era usada, sendo assim considerada letra morta no país.

Parte da doutrina defende que como a arbitragem só é possível ser instituída em direitos patrimoniais disponíveis, não seria possível aplicar tal instituto no direito de família, visto este ser direito indisponível das partes. Alguns indagam em como seria possível deixar a tutela de um árbitro decidir se a criança é ou não filho do investigado, sem o devido processo legal? E se esse instituto não afrontaria esse mesmo princípio? No entanto, há que se falar nas questões patrimoniais atinentes ao direito de família, como por exemplo, uma ação revisional de alimentos. Nesse tipo de caso seria possível utilizar da via arbitral para desafogar o judiciário. Não existe no país câmaras de arbitragem especializadas no direito de família.

Carlos Alberto Carmona e Nelson Nery entendem que em relação ao direito de família, o que se tratar de direito disponível poderá ser solucionado pela via arbitral:

diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.²⁴

Sendo assim, não estando no âmbito dos direitos indisponíveis das partes, pode-se dizer que é aplicável o instituto da arbitragem. Sandra Regina Vilela explica que em alguns países admitem a utilização da via arbitral nas ações de família, para as

²³ SALES, Lília Maia de Moraes. Op. Cit.

²⁴ CARMONA, Carlos Alberto. Op. Cit.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

demandas onde o objeto é direito patrimonial. Ela ainda explica que “Cabe aos operadores de direito a tentativa de estender a utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsia a todos os meios possíveis, visando a desburocratização do direito e a efetivação da justiça.”²⁵

Yussef Said Cahali, ensina que a jurisprudência já admitia a homologação de acordo extrajudicial de alimentos perante o Juizado de Pequenas causas (atual Juizados Especiais Cíveis). Acrescenta o autor que:

o Juizado de pequenas causas foi criado para evitar o formalismo judiciário e facilitar a composição de pequenos litígios. Não há necessidade, portanto, que haja demanda instaurada em juízo. Basta que convocadas as partes se conciliem, como acontece no caso sob exame. O pedido, ademais, não versa discussão sobre o estado e capacidade das pessoas. O que se quer é fixar a pensão que o pai vai dar ao filho e regular os dias em que poderá visitar o filho que ficará sob a guarda da mãe. Fica, por consequência, provido o recurso para que o acordo seja homologado na forma requerida.” (4^a CC, TJSP, RJTJSP 134/31).

Assim, poderá ser homologado perante o juizado especial qualquer acordo extra-judicial, mesmo aqueles que versarem sobre questões de direito de família.²⁶

A atual lei dos Juizados Especiais, lei 9.099/95 preceitua em seu art. 58 que as normas de organização judiciária local poderão estender a conciliação prevista nos arts. 22 e 23 a causas não abrangidas pela lei em apreço. Portanto pode-se concluir que os Estados podem instituir os juizados de conciliação, tendo estes competência para atuar em causas que versem sobre direitos disponíveis em direito de família.

A mediação e a arbitragem surgem como um método eficaz de solução dos conflitos familiares, pois, como já citado acima, é uma ótima via para desafogar o judiciário e também para acelerar a solução de litígios que podem ser resolvidos pelo diálogo, sem a interferência de um juiz, ou apenas com a ajuda de um árbitro.

²⁵ VILELA, Sandra Regina. **MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS - ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO**. 2003. disponível em

<<http://www.pailegal.net/mediation.asp?rvTextoId=-210980470>> acesso em 07.09.2010.

²⁶ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 4^a ed., Revista dos Tribunais. São Paulo:2002

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

7. Conclusões

Há, no país uma nítida preocupação com a celeridade processual e com a solução de litígios que demoram anos a serem solucionados, tudo isso pelo número insuficiente de juízes sentenciando de forma eficaz, e pelo número surpreendente de litígios a serem julgados e etc.

Dado este fato, é necessário buscar novas formas de conciliação entre as partes, pois às vezes esses conflitos são solucionados pelo diálogo, mas que com a correria do dia a dia não pode ser feito em detrimento dos direitos das partes.

Sendo assim, no país procura-se introduzir métodos alternativos de solução dos conflitos, tais como a mediação e a arbitragem. Sendo estes institutos aplicáveis a direitos patrimoniais disponíveis, o número de litígios que podem ser submetidos a essa via diminui, mas mesmo assim, ainda é muito eficaz na diminuição de processos que todos os anos empilham no judiciário.

No Brasil o uso destes institutos ainda é muito difícil nas relações familiares, pois parte da doutrina não aceita que os mesmos possam ser usados para solução desses conflitos. Faz-se necessário então, uma pacificação desse assunto, o que ainda não ocorreu.

O uso destes métodos alternativos é uma solução eficaz para os conflitos familiares e pouco a pouco vem ganhando espaço no país, sendo assim, não falta muito para que esses conflitos possam ser solucionados no mesmo dia em que se deu, de forma rápida e eficaz, sem a necessidade de se ingressar na via judicial para resolvê-lo.

Referências

ALMEIDA, André Luiz Paes de. *Direito e Processo do Trabalho*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 9.

ÁVILA, Humberto. *Teoria Geral dos Princípios*. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003

BARROS, André Borges de Carvalho; AGUIRRE, João Ricardo Brandão. *Direito Civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 4.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso nº JSTJ000. Acórdão nº 07B3943 de 08 Janeiro 2009. Magistrado Responsável RODRIGUES DOS SANTOS. Disponível em << <http://jurisprudencia.vlex.pt/vid/55312485>>> acesso em 29.08.2010.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

BUENO, Cássio Scarpinella. Aplicabilidade do Princípio do Contraditório nas relações particulares. 1º Ed. Saraiva: São Paulo. 2009

CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 4ª ed., Revista dos Tribunais. São Paulo: 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo – comentários à lei 9.307/96. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, Teoria Geral do Processo. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CUNHA, Rogério Sanches; BATISTA PINTO, Ronaldo. Violência Doméstica Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06). 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/06 de combate à violência familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRUNSPUN, Haim. Mediação Familiar – o mediador e a separação de casais com filhos. São Paulo: LTr Editora, 2000.

PETRY, Vinícius Daniel. A prova ilícita. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 146, 29 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4534>>. Acesso em: 29 ago. 2010.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALES, Lília Maia de Moraes. A Família e os conflitos familiares- a mediação como alternativa. Disponível em <<
http://www.unifor.br/joomla/joomla/images/pdfs/pdfs_notitia/1691.pdf>>
acesso em 19.08.2010.

SILVA, Denise Maria Perissini da. PSICOLOGIA JURÍDICA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. São Paulo: Casa do Psicólogo Editora, 2003.

SILVEIRA, Verena Sapucaia da. Aplicabilidade da Arbitragem nas Relações Trabalhistas. Artigo. 2009.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Ainda sobre a constitucionalidade da lei de arbitragem. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2731>>. Acesso em: 06 set. 2010.

VILELA, Sandra Regina. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS - ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO. 2003. disponível em <<http://www.pailegal.net/mediation.asp?rvTextoId=-210980470>> acesso em 07.09.2010.