

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

RICARDO JOSÉ RIZKALLAH

**A mediação no âmbito das relações familiares:
interdisciplinaridade, limites na prática judicial e soluções (a
experiência da justiça paulista)**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2018

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

RICARDO JOSÉ RIZKALLAH

**A mediação no âmbito das relações familiares:
interdisciplinaridade, critérios de aplicação prática e soluções (a
experiência da justiça paulista)**

Dissertação apresentada à banca
examinadora da Pontifícia Universidade
Católica De São Paulo, como exigência
parcial para obtenção do título de MESTRE
em (Direito Civil, sob a orientação do(a)
Prof.(a), Dr.(a) – Mairan Gonçalves Maia
Junior.

SÃO PAULO

2018

RICARDO JOSÉ RIZKALLAH

**A mediação no âmbito das relações familiares:
interdisciplinaridade, critérios de aplicação prática e soluções (a
experiência da justiça paulista)**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica De São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em (Direito Civil, sob a orientação do(a) Prof.(a), Dr.(a) – Mairan Gonçalves Maia Junior.

Aprovado em: __/__/__

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Fica expressa, aqui, a minha gratidão a todos que contribuíram para a realização deste trabalho, especialmente:

Às minhas filhas queridas, Monalisa e Maria Julia, por deixar minha vida mais colorida.

Aos meus pais, pelo amor incondicional.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Mairan Gonçalves Maia Júnior, pelo ensinamento, tempo e acolhida dispensados a mim durante o mestrado.

À banca de qualificação, pelas valiosas contribuições oferecidas por ocasião do exame, em especial à Prof. Rosa Maria de Andrade Nery, jurista de primeira grandeza, pela confiança depositada.

À família da mediação.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a mediação interdisciplinar como forma de facilitar as alternativas autocompositivas colocadas à disposição das famílias. Trabalhamos com a ideia de que a mediação não deve se posicionar como simples alternativa ao sistema jurisdicional tradicional, mas a este tentando se integrar. Portanto, a questão central do estudo refere-se à institucionalização da mediação familiar no âmbito do Poder Judiciário. O estudo parte da evolução histórica das famílias. Discorre sobre os aspectos mais relevantes da mediação: natureza jurídica, papel do mediador e interdisciplinariedade. Apresenta-se, ainda, o movimento legislativo brasileiro e as principais questões controvertidas, inclusive no processo civil que introduziu métodos complementares de solução de conflitos. Embora a pesquisa mostre que a mediação familiar é um espaço privilegiado para a atuação interdisciplinar, a realidade revela inúmeros desafios no cotidiano, demonstrando a necessidade de se pensar meios de estimular a prática interdisciplinar nas hipóteses em que a mediação é efetiva e necessária na resolução de conflitos familiares, além da aplicação de critérios de aplicação prática desse mecanismo autocompositivo. Dentro desse contexto, a pesquisa tomou por base o projeto “Casa da Família” da Comarca de São Vicente desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e buscou, a partir de pesquisa quantitativa e qualitativa, entre os anos de 2016 e 2017, analisar os resultados obtidos. Esta pesquisa se insere num importante momento histórico da mediação no Brasil, pois desde 2010 vem sendo implantada no Poder Judiciário brasileiro política pública de tratamento adequado dos conflitos. As conquistas até então alcançadas e as preocupações com a forma de implantação da mediação foram tratadas no trabalho pensando que a introdução efetiva da mediação familiar interdisciplinar se dê pela qualidade e seus predicados e que as famílias possam se beneficiar efetivamente com essa mudança cultural. Buscou-se, enfim, lançar as bases teóricas do uso da mediação pelo traço da interdisciplinariedade nos conflitos familiares.

Palavras-chave: mediação familiar. interdisciplinaridade.

RIZKALLAH, Ricardo José. A mediação no âmbito das relações familiares: interdisciplinariedade, critérios de aplicação prática e soluções (a experiência da justiça paulista). 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC-SP. 2018.

ABSTRACT

The present work aims to analyze interdisciplinary practice of mediation as an alternative dispute resolution available to families. We work with an idea of mediation should not be positioned as a simple alternative to the traditional jurisdictional system, but to this trying to integrate itself. Therefore, the main issue of the study is the institution of family mediation in the field of Judiciary and the study of the historical evolution of families. It discusses the most relevant aspects of mediation: legal aspects, principles, mediator role and interdisciplinarity. It also presents the Brazilian legislative movement and the most controversial issues, also including civil procedure code and its complementary methods of alternative dispute resolution methods. Although this research points out that family mediation is a privileged area for an interdisciplinary approach, the reality reveals countless challenges on a daily basis, demonstrating a need to think means of stimulating the interdisciplinary practice in the hypotheses in which mediation is effective and the solution in the resolution of family conflicts, besides the application of criteria of practical application of the alternative dispute resolution. This research is inserted in an important historical moment to mediation in Brazil, because since 2010 it has been implemented in the Brazilian Judiciary, through a public policy of proper handling of conflicts. Within this context, the research has analysed a Project named "Casa da Família" in the City of São Vicente and developed by the Court of Justice of the State of São Paulo and sought, from a quantitative and qualitative research, between 2016 and 2017, analyze the obtained results. The achievements and concerns by ways of implementing mediation were shown in this research by considering interdisciplinary mediation for its quality and predicates, and how to effectively benefit from this cultural change. It was tried to launch theoretical bases of the use of the mediation by the trait of the interdisciplinarity in the familiar conflicts.

Keywords: family mediation. interdisciplinarity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. A família contemporânea e o Direito: novos paradigmas de família.....	13
1.1 Família: transição ou desestrutura?.....	30
2. A Mediação na Resolução de Conflitos Familiares e os princípios constitucionais.....	32
2.1 Princípio da Afetividade.....	35
2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	36
2.3 Princípio da solidariedade familiar.....	39
2.4 Princípio da igualdade e o respeito às diferenças.....	42
2.5 Princípio da não intervenção.....	45
2.6 Princípio do maior interesse da criança e do adolescente.....	49
2.7 Princípio da pluralidade de formas de família.....	53
3. A mediação como meio de solução de conflitos.....	55
3.1. As crises gerais do Poder Judiciário.....	55
3.1.1 Identificação das principais causas da crise.....	59
3.1.1.1 Causas do aumento da litigiosidade: o movimento de acesso à justiça e a inafastabilidade da jurisdição. Diagnósticos, panorama e reflexões.....	59
3.1.1.2 A chamada cultura da litigância: uma boa demanda ou um bom acordo?.....	65
3.1.1.3 Deficiente divulgação de outros meios de composição.....	66
3.2 O sistema multiportas e a Política de Resolução Adequada de Conflitos: programas de incentivo à autocomposição: maior atenção à triagem. Desafios e limites.....	69
3.3 A mediação sob a ótica da proteção efetiva das Famílias.....	71
3.4 Mediação: definição a partir de modelos teóricos. Conciliar ou mediar?.....	75
3.4.1 Objeto da mediação.....	81
3.5 A mediação e o direito comparado: visão geral.....	82
3.6 Vantagens da mediação.....	86

3.7 A mediação extrajudicial: limites e aspectos práticos nos conflitos familiares.....	90
3.8 Alguns modelos teóricos possíveis.....	93
3.8.1 Modelo tradicional de Harvard.....	94
3.8.2 Modelo Transformativo.....	96
3.8.3 Modelo Circular Narrativo.....	98
3.9 O tratamento no atual Código de Processo Civil: visão panorâmica sobre o tema.....	99
3.10 Questões controvertidas a partir da análise da institucionalização da mediação e das inovações do novo Código de Processo Civil e da Lei nº 13.140/2015 (LEI DA MEDIAÇÃO).....	106
4. A mediação aplicada no direito de família.....	113
4.1 Mediação e interdisciplinariedade.....	113
4.2. Mediação familiar: conflito, solução dos problemas e a construção do justo. Ferramentas próprias do mediador nos conflitos familiares.....	118
4.3 A mediação como tratamento do conflito sob a ótica habermasiana: o papel do mediador.....	123
4.4 Princípios da mediação.....	130
4.4.1 Os princípios de mediação descritos exclusivamente no CPC/15.....	131
4.4.2 Os princípios da mediação exclusivos da Lei de Mediação.....	132
4.4.3 Os princípios da mediação comuns entre o CPC/2015 e a Lei de Mediação.....	133
4.5 Os principais conflitos familiares e a mediação.....	137
4.5.1 Responsabilidades parentais.....	137
4.5.2 Guarda Compartilhada.....	139
4.5.3 Alienação parental.....	142
4.5.4 Divórcio.....	144
4.5.5 Divisão da propriedade.....	147
4.5.6 Violência doméstica.....	148
4.6 Deveres do mediador, aspectos éticos e sanção.....	150
5. Mediação interdisciplinar e sua integração com o Poder Judiciário paulista: análise de dados e apresentação de resultados da experiência prática da casa da família da Comarca de São Vicente.....	155

5.1 Resultados e análise de dados.....	159
5.1.1 Análise quantitativa.....	165
5.1.2 Análise qualitativa.....	168
5.2 Percepções sobre o que poderia melhorar no projeto.....	171
5.3 Percepções sobre o futuro do programa.....	176
CONCLUSÃO.....	178
REFERÊNCIAS.....	183

INTRODUÇÃO

O Direito de Família pátrio passou por muitas mudanças, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. O constituinte de 1988 foi receptivo aos apelos sociais e previu formatos plurais de família, protegendo a intencionalidade e a informalidade dos seus pares. Nessa perspectiva, tem-se alterado o cenário familiar no Brasil.

É importante destacar, para que não parem dúvidas a respeito, que o Direito de Família ainda hoje é estruturado essencialmente a partir da vertente do casamento monogâmico e civil (admitindo a jurisprudência pátria e o conselho Nacional de Justiça o casamento civil de pessoas do mesmo sexo, apesar de a Constituição Federal referir-se ao casamento entre homem e mulher).

Aliás, o comando da CF, em seu artigo 226, §5º deu ainda mais ênfase à relevância do casamento civil em benefício de sistema jurídico visando à segurança entre seus membros tanto que o legislador constitucional exorta a facilitação da conversão das uniões de fato em casamento (artigo 226, § 3º).

Nery (2015, p. 21) nos ensina que o casamento civil é fundamental para a preservação da vida, da educação dos filhos, transmissão da cultura e vivência da liberdade de consciência e sua experiência e modelo não podem ser desconsiderados no curso de mais de dois milênios de história.

Mas vale frisar, em tempos de transformação cultural, que o núcleo familiar do século XXI e a própria Carta Magna reconhecem outros formatos de família que se formam a partir de arranjos não estruturados com base no casamento.

Ainda assim, estes novos formatos – que veremos a seguir - recebem tratamento especial por serem responsáveis pela promoção do desenvolvimento de cada membro. Ao Estado cabe a função de proteção efetiva, garantida a partir de instrumentos legais colocados à disposição dentro da ordem jurídica vigente.

É natural que em meio ao processo histórico que ainda estamos vivenciando, tenhamos visão receosa das mudanças, mas o processo é um conjunto de etapas e estamos diante de evolução histórica, e não de declínio das relações humanas. As turbulências do caminho, os ajustes e o novo olhar são decorrências naturais.

No Direito de Família, hoje, constata-se que a família, além de plural, está em movimento, desenvolvendo-se para a superação de valores e impasses antigos.

Nesse sentido, os conflitos vividos dentro do ambiente familiar são pautados, não raras vezes, através da judicialização que nem sempre é compreendida de forma eficiente. Não é suficiente, portanto, uma sentença transitada em julgado regulamentando-se as visitas se não há uma conscientização dos deveres parentais em relação aos filhos. Portanto, o conflito conjugal ou paterno-filial suscita a ressignificação da divergência e a superação da crise.

Para tanto, é preciso que o sistema jurídico encare a realidade social como um todo e que os componentes psicológicos, sociológicos, econômicos e afins estejam reunidos.

O objetivo deste trabalho é o estudo, a partir do referencial teórico que se apresentará, da Casa da Família da Comarca de São Vicente, sua proposta, metodologia, forma de atendimento e programas interdisciplinares. Mais do que o estudo do espaço destinado à solução de conflitos familiares, são analisadas as principais questões que decorrem deste mecanismo autocompositivo, especialmente os efeitos e o grau de eficácia de espaço exclusivo e com caráter interdisciplinar voltado para os conflitos familiares.

Nesse sentido, a escolha do tema da mediação interdisciplinar justifica-se neste momento de crise do Poder Judiciário quanto à sua capacidade real de atender efetivamente as demandas que lhe são apresentadas, seja pela proposta de desenvolver um novo espaço de caráter não-adversarial de resolução de disputas, promovendo o empoderamento do cidadão e o resgate da comunicação não violenta entre os conflitantes; seja pela ideia de se criar alternativas mais eficazes para solucionar conflitos que o judiciário não consegue resolver pela via heterocompositiva. Não se pretende posicionar o estudo apenas como meio de desafogar o sistema jurisdicional tradicional através da mediação, mas àquele tentando se integrar, se inter-relacionar sem se situar na sombra do processo judicial. A esse propósito, é preciso, antes de tudo, analisar a mediação a partir de suas bases mediante uma abordagem direcionada aos conflitos familiares.

A institucionalização e estímulo deste espaço voltado para a mediação familiar depende de suporte conferido pelo Judiciário. Isso implica em criação de regras que garantam sua permanência por longo período, estabilidade e destinação orçamentária, além do treinamento de recursos humanos, fazendo com que a

continuidade não dependa de indivíduos ou de algum gestor, mas que seja compromisso do próprio Poder Judiciário.

Destaca-se no Brasil a “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses no Âmbito do Judiciário”, instituída pela Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça. O ponto inaugural rumo à institucionalização da mediação já foi dado, mas os caminhos ainda não são claros (as opções adotadas para a institucionalização da mediação, com base na pesquisa de diagnóstico, trouxe à luz uma diversidade de programas e métodos), sendo o objetivo deste trabalho, por meio de estudo empírico e experiências práticas, contribuir para os passos a serem dados.

O núcleo de nosso problema a ser enfrentado na pesquisa refere-se à seguinte pergunta: 1) quais os efeitos positivos que a mediação interdisciplinar estruturada em estrutura própria obtém para a resolução de conflitos familiares?

Para investigar os ganhos qualitativos gerados por esse processo, é preciso estudar a mediação a partir de suas bases constitutivas, seus valores e qualidades.

Para realização de pesquisa quantitativa e qualitativa, parte-se do levantamento de dados relativo ao período de 2016 e 2017; tipos de conflitos conjugais/convivenciais; quantidade de sessões de mediação e critério e formas de encaminhamento realizado; entrevistas com funcionários, mediados e mediadores durante o ano de 2017. Vale consignar que os dados obtidos são de data recente porque a Casa da Família foi inaugurada apenas em 2016.

O conceito de mediação, os espaços de aplicação, as possibilidades de trabalho interdisciplinar que ela proporciona e que podem interessar aos profissionais que trabalham com as famílias, a família como *locus* para a mediação e as possíveis contribuições, o perfil dos mediadores familiares, serão abordados nesse trabalho e constituem categorias que foram construídas a partir da pesquisa de campo desenvolvida.

A pesquisa considerou também os papéis assumidos pelos vários envolvidos – juízes, mediadores, partes, advogados – e o desenho institucional dos programas envolvendo meios de solução de conflitos alternativos ao Judiciário.

A pesquisa é desenvolvida em quatro capítulos. O primeiro capítulo é intitulado “A Família Contemporânea e o Direito” apresenta a evolução do conceito de família, desde o embasamento romano até a atualidade. Traremos os principais princípios que norteiam a entidade familiar, especialmente a partir da Constituição

Federal de 1988. A constitucionalização do Direito de Família traduz a transição paradigmática que reconhece novas tipologias familiares a partir de manifestações sociais. Por isso, espera-se um Direito de Família plural, coletivo e inclusivo. A fixação de princípios norteadores específicos para o Direito de Família tem a intenção de contribuir na organização do pensamento jurídico, inclusive para que os julgamentos neste segmento do Direito possam fazer a difícil distinção entre ética e moral e assim estarem mais próximos do ideal de justiça.

Após o estudo da família, no segundo capítulo, denominado “A Mediação como Meio de Solução de Conflitos”, apresenta-se a conceituação de mediação, bem como o seu funcionamento a partir de sua inserção do NCPC. Além disso, também é ponderada a conduta do mediador durante o procedimento. Na oportunidade, são analisados formatos de mediação e analisada a mediação sob a ótica dos conflitos familiares. Além disso, traz à tona a questão da cultura da litigância e o acesso à justiça, assunto polêmico e de considerável relevância.

No terceiro capítulo, tem-se a função prática da mediação para o direito de família, na qual é demonstrada a relevância do método consensual no âmbito familiar, bem como as vantagens sobre a técnica tradicional do litígio. Para tanto, são explicadas as etapas da mediação e a importância do seguimento de cada uma delas. Apresenta o capítulo análise da natureza do conflito familiar e os meios de intervenção.

No quarto e último capítulo, estudaremos a estrutura da Casa da Família da Comarca de São Vicente. De posse do levantamento de dados, espera-se responder ao problema da pesquisa de onde se pretende verificar qual o grau de aceitação desta estrutura específica, como se dá sua integração com o Poder Judiciário e os efeitos positivos de uma estrutura específica para a resolução de conflitos familiares.

Com efeito, sem a pretensão de esgotar o debate em torno do tema proposto, o que não seria possível em face de nossas limitações naturais, a par de uma pesquisa empírica e estabelecendo prioridades no material bibliográfico levantado, pretende-se contribuir com a presente dissertação de mestrado, que possa servir de base para a obtenção de melhores resultados na prática cotidiana dos operadores do direito.

1. A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA E O DIREITO: NOVOS PARADIGMAS DE FAMÍLIA

O Direito de Família é um dos ramos do Direito que mais sofreu e vem sofrendo alterações no último século em todo mundo, especialmente no ocidente.

A família, como instituição jurídica, sempre desempenhou papel fundamental na vida das pessoas e vem sofrendo profundas modificações, fruto da revolução dos costumes e da mudança de paradigmas.

A forma de sua constituição, outrora baseada no casamento monogâmico, civil e indissolúvel, abriu espaço a partir de outros arranjos e modos de convivência fora do casamento.

Assiste-se ao declínio da família patriarcal adotada como modelo pela legislação pátria desde nosso período colonial com a reivindicação da posição de sujeito para as mulheres, não mais assujeitadas ao pai ou ao marido.

As constituições brasileiras refletem as alterações sociais e culturais que nossa sociedade absorveu.

Apenas a título exemplificativo, nossa primeira constituição (Constituição Imperial de 1824) nada trouxe de relevante a respeito da família, lembrando que naquele momento era estreito o vínculo entre Igreja e Estado, existindo apenas o casamento religioso como fonte formal da família.

A Constituição de 1891 instituiu a separação do casamento e religião, proclamando o casamento civil. A Constituição de 1934 manteve o casamento civil e sua gratuidade, ressaltando efeitos à celebração religiosa e a possibilidade de dissolução do casamento pelo desquite ou divórcio. A constituição de 1937, influenciada pelos ideais fascistas, repetiu os mesmos parâmetros da anterior, trazendo como acréscimo a igualdade entre os filhos naturais e legítimos. A Constituição de 1946 e de 1967 repetiu, em linhas gerais, o tratamento dado à família e em nada evoluiu quanto à conceituação e proteção em face das Constituições precedentes. Assim, a família merecedora da proteção estatal era a família constituída pelo casamento válido, de caráter indissolúvel.

A Emenda nº 1, de 1969 manteve o casamento indissolúvel, o que logrou modificação com a Lei do Divórcio de 1977 e, mais adiante, pela Emenda nº 2 de 1977 que permitiu o divórcio direto.

Como preleciona Giorgis (2007, p. 16/17), a instituição do divórcio e a aceitação de novos paradigmas como a independência da mulher, a valorização de uma nova consciência sobre sexualidade, o crescimento de movimentos reivindicatórios, as parceiras civis, a abertura política, desembocaram no processo constituinte, com ampla discussão, em nível nacional, da nova ordem constitucional.

A Constituição Federal de 1988 trouxe a previsão de tratamento isonômico para homens e mulheres, que por sua vez tornou insustentável a manutenção do modelo patriarcal, no qual o homem, chefe de família, tinha sua vontade sobreposta à vontade da mulher, exercendo ainda o varão o chamado pátrio-poder sobre os filhos, substituído hoje pelo poder familiar, exercido por ambos os genitores, em condições de igualdade e este fenômeno vem acontecendo em todas as organizações jurídicas ocidentais. Introduziu radical mudança no panorama da família, com a nova conceituação de entidade familiar, para efeitos de proteção do Estado, passando a família a ser concebida de forma mais ampla.

Tal como preleciona Lôbo (2008, p. 26), ante a pluralidade familiar reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, “a família referida nos artigos 226, 227 e 230 da Constituição é mais ampla que a nuclear, alcançando as pessoas que se vinculam por laços de parentesco.”

Pode-se acompanhar o pensamento de Giorgis (2007, p. 17), para quem a constituição efetivou um redimensionamento e valoração do núcleo familiar, tratando igualmente pais e filhos, cônjuge e parceiros, protegendo-se outras modalidades de composição familiar, ampliando-se o conceito de família, que merece a proteção do Estado, para além da família formada pelo casamento.

Dada a importância que a família tem na sociedade e em cada indivíduo para a formação de sua personalidade, a tutela da família não poderia mesmo se restringir àquela formada pelo casamento, pois, mesmo quando formada à margem dessa forma, é merecedora de proteção. A *affectio*, coesão e estabilidade se criam e se mantêm mesmo sem a instituição do casamento. Ou de acordo com o pensamento de Muniz (1993, p. 77/79), “inexiste na Constituição uma construção geométrica da família; ao contrário, reconhece-se a diversidade, a pluralidade dos diferentes tipos de família que merecem tratamentos idênticos.”

O problema desse estado de coisas reside em que certos agrupamentos pleiteiam (ex, entidades familiares simultâneas e poliamor) a designação para si como entidade familiar a partir da ótica da dignidade da pessoa humana, igualdade e

afetividade e parte da doutrina e da jurisprudência vem reconhecendo a designação de família dessas categorias.

Partilha-se da preocupação apontada por Nery (2015, p. 5) no sentido de que ainda há um passo a ser dado pelo Congresso Nacional, que é o foro adequado para a solução dessa questão.

A definição de família não é uma tarefa fácil devido à abrangência do termo.

Em linhas históricas, como salientou Dantas (1991, p. 2), “a família pode ser entendida como um grupo social no qual se descobre um laço coesivo entre seus componentes, uma consciência de unidade, outrora denominada consciência do nós.” Aliás, é possível notarmos como e em que medida as normas jurídicas são moldadas e determinadas pelos conteúdos sociais.

A palavra família deriva do latim e advém de *famulus*, designando o servidor, o criado. Nadaud (2002, p. 22) a define “o locus onde reinava o pater, abrigando, em seu âmago, além deste, os filhos, o patrimônio, os criados e os servos”.

Vários pensadores buscaram conceituar família. Carbonnier (1992, p. 20/26) a define como o conjunto de pessoas unidas pelo casamento, pela filiação ou pelo parentesco e afinidade, estes resultantes do casamento e da filiação, onde o Estado não penetra: *le non-droit de famille* – onde aduz “a chaque famille son droit”.

Hironaka (2000, p. 17/18) salienta que

a família é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos, a história da família se confunde com a própria humanidade.

Bevilaqua (1950, p. 41/42) e Gomes (1999, p. 22) basearam a definição de família com base naquele oriunda do casamento, definição que, atualmente, já não encontraria mais amparo na realidade social.

Dantas (1991, p. 3) assinala o elemento de unidade e pertencimento: “a família é um grupo social que os sociólogos estudam sempre que discorrem sobre o Estado, a tribo, o clã, a pátria enfim todos esses aglomerados humanos nos quais se descobre um laço coesivo de relativa permanência.”

Diniz (2007, p. 9/12) enfatiza elementos normativos na definição de família:

em sentido amplíssimo abrangendo todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consaguinidade ou da afinidade, inclusive os servidores domésticos – artigo 1412 §2º do CC, aponta, ainda, que a Lei nº 8.112/90, no seu artigo 241 considera a família do funcionário, além do cônjuge e da prole, quaisquer pessoas que vivam às suas expensas e

constem de seu assentamento individual; em sentido lato, abrange além dos cônjuges e seus filhos, também os parentes em linha reta ou colateral, assim como os afins – artigo 1591 e seguintes do Código Civil, Decreto Lei nº 3200/41 e Lei nº 883/49, e no sentido restrito estende sua égide à comunidade formada pelos pais e descendentes, unidos ou não pelo matrimônio, como prevê a Constituição atual em seu artigo 226, § 3º e 4º.

Também o Código Civil de 2002 não se preocupou em conceituá-la. Trouxe apenas a função e papéis dos seus componentes e ainda assim parece pouco esclarecedor.

O direito das sucessões, ao tratar da ordem de vocação hereditária, define quais os membros da família com direito à herança na sucessão legítima (cônjuge, descendentes, ascendentes e colaterais até o 4º grau). Também no subtítulo “*dos alimentos*”, considera-se família os ascendentes, os descendentes e os irmãos. Ao tratar da autoridade e do poder familiar, considera o direito/dever restrito aos pais em relação aos filhos.

Lembrando que a Constituição Federal de 1988 não definiu propriamente família, mas cuidou de elencar formas (a legítima e a decorrente de união estável) e composição dos membros (formadas por qualquer dos pais e seus descendentes).

Viana e Nery (2000, p. 23) elencam a coesão entre os membros, a autoridade e a durabilidade a conotação de verdadeira instituição.

Nery (2015, p. 9), em sua obra, salienta que, dentro da expressão família, a sociologia jurídica empresta sentido para designar um organismo estruturado ou um conjunto de pessoas que a compõe. No Brasil, com o reconhecimento, pelo constituinte de 1988, das uniões estáveis como entidades familiares, pode-se afirmar que há muitas situações jurídicas que configuram família e se formam a partir de fatos outros que não o casamento ou laços de parentesco (família monoparental, união estável, vínculos socioafetivos).

É bom salientar que há um grupo de pessoas ligadas entre si por vínculos de afeto, com ou sem identidade biológica, que também postulam o reconhecimento como entidade familiar. Existe, é verdade, imensa dificuldade de reconhecer como entidade familiar certos agrupamentos humanos. Aliás, o próprio indivíduo encontra dificuldade de se posicionar dentro de seu próprio agrupamento, mas não se pode banalizar os fatores objetivos de formação da entidade familiar ou tergiversar sobre suas características a pretexto de uma visão humanitária ou que pretenda afastar-se do pensamento clássico, aniquilando os valores nela contidas. Devem ser evitadas as armadilhas por aqueles que pretendem impor sua visão de entidade familiar

decorrente da desmedida ampliação de seu conceito àqueles agrupamentos que não poderiam se identificar com tal propriedade.

O próprio pluralismo das famílias se torna multifacetado pelas várias hipóteses da realidade da vida.

Mas é bom repetir que a CF não abre mão do casamento civil, como forma primordial de institucionalização da Família.

Dizer que se deve incorporar outros arranjos e dar-lhes proteção jurídica não significa afirmar que o ordenamento jurídico legitima, por exemplo, relações incestuosas ou, ainda, que união estável e casamento se equiparam, tanto que o constituinte procurou exortar o legislador ordinário na conversão de uniões estáveis em o casamento.

Apesar da dificuldade de se conceituar o termo e considerando as inúmeras transformações que vem sofrendo, pensamos a família como a reunião de pessoas unidas por casamento, união estável, vínculo de parentesco ou afeto com a finalidade de estruturar os indivíduos que a compõem e torná-los sujeitos de si voltando-se à plena realização de seus membros.

Pelo menos três elementos devem estar presentes na formação da entidade familiar e qualquer grupo deve ser formado com tal objetivo: convívio social (o agrupamento se apresenta como tal dentro da sociedade); estabilidade (descartando grupos não-duradouros) e a afetividade. Mesmo que o grupo venha a perder alguma de suas características, ainda assim cada indivíduo será reconhecido como parte integrante daquele núcleo.

Consequentemente, estão descartados os elos de amizade, vínculos sociais, de coleguismo e humanitário. O reconhecimento de um agrupamento como entidade familiar, antes de tudo, dependerá de certa dose de aceitação pela sociedade; linhas democraticamente traçadas que não devem se curvar por caprichos individualistas dos integrantes de certos grupos. Há quem considere (NERY, 2015, p. 11) família, por exemplo, comunidade de amigos que vivem juntos e que possuam interdependência moral e material (sobrevivência).

Respeitosamente, temos que discordar de alguns doutrinadores (Pedro Lobo, como exemplo) que encontram nos princípios constitucionais espaço para reconhecer como entidade familiar certos agrupamentos de forma irrestrita, apenas como fundamento em afetividade.

Em resumo: é lógico que há vários grupos de indivíduos que desejam que seus direitos sejam analisados, mas isso não obriga à sociedade acolher legalmente qualquer reunião de pessoas a pretexto de justificar a tutela com base na dignidade da pessoa humana.

Na esteira de nossa reflexão, decorre daí a legitimação de fórmulas plurais de família, atenuando a rigidez conceitual de acordo com a evolução histórica. Ou, como ponderam Viana e Nery (2000, p. 26/39), “uma pluralidade de tipos, que numa concepção moderna pode ser traduzida como uma realidade social.”

Todas essas considerações são de molde a nos obrigar a uma detida reflexão sobre quais grupos realmente são aceitos na expressão constitucional “entidade familiar”. Isso implicará inevitavelmente na tarefa de confrontar a colidência entre princípios e direitos fundamentais e fazer a escolha do mais adequado, do possível com a ressalva de que, como anota Lorenzetti, “existe um piso mínimo inderrogável a partir dos direitos fundamentais”.

Dentro dessa evolução, a família aparece nas sociedades primitivas como a primeira forma de organização social que se tem notícia (DANTAS, 1991, p. 4/5). Tamanha importância que se dava à família, pois era ela capaz de legitimar os filhos e à própria sociedade, que Coulanges (2000, p. 35/37) pondera que “o homem não se pertencia, mas à família.” Depreende-se desse pensamento que Dantas, com bastante propriedade, assinala o elemento de coesão integrador da família, sendo parte integrante de seu núcleo conceitual.

A família se apresentou de forma bastante plural no direito romano e pode-se considerar que sua estrutura também variou ao longo do tempo, acompanhando a estrutura religiosa, cultural e política da época, sempre voltando às regras do homem tido como *pater famílias*, não bastando ser qualquer pessoa do sexo masculino, pois mesmo os filhos não emancipados igualmente eram submetidos às ordens do *pater famílias*.

Em linhas gerais, Perozzi (1928, p. 311) considera que a família é vista como o organismo formado pelo parentesco de sangue ou pelo casamento, inspirada pelo espírito, pelos sentimentos e deveres próprios da sociedade doméstica. Apresentava-se como um organismo fechado submetido à *postesta* do *Pater familiae*.

Moreira Alves (2003, p. 244/245) nos ensina que dois eram os sentidos empregados para o termo família para os juristas romanos: em sentido amplo,

abrangia o conjunto de pessoas que descendiam de um parente comum e sob cujo poder estavam caso ele estivesse vivo; em sentido estrito, para designar o complexo de pessoas que estão sob a *postestas* do *Pater familiae*, caracterizava então o próprio *status familiae*: existe de um lado, o *Pater familias* que não está subordinado a nenhum ascendente vivo masculino e de outro, a *fili familias*, que abrangiam todas as demais pessoas que se encontravam submetidas, sob as referidas potestas do *pater*.

O parentesco era classificado em duas espécies: *agnatio* e *cognatio*, sendo a primeira oriunda dos componentes de família interligados entre si pelo mesmo *pater*, a partir de vínculo civil ou de consaguinidade. Ebert Chamoun (1957, p. 89) acrescenta que a agnação era ou não um parentesco de sangue. Bastava submissão à soberania do mesmo *pater familias*. Os *fili familias* emancipados e as *filiae familias* que haviam saído da família em virtude da *conventio in manum* não eram agnados (RÜFNER, 2015, 14)¹. A segunda, cognação, representava as pessoas com vínculo de parentesco de sangue com o lado materno, ou seja, pelo nascimento a partir de pessoas de um mesmo grupo e raça, porém por não se submeterem ao mesmo *pater* não eram consideradas parentes, agnadas, mas simplesmente cognadas². Exemplo citado por Arnaldo Wald (O novo direito de família, p. 10) é a mulher casada com *manus* que era cognada, mas não agnada de seu irmão. Já o filho adotado e o filho natural submetidos ao mesmo *pater familias* agnados, sem haver cognação entre eles.

As pessoas eram classificadas quanto ao seu estado de família em duas classes: *sui juris* e *alieni juris*. Na primeira categoria, os indivíduos não estavam subordinados a qualquer poder familiar, possuindo capacidade plena para os atos civis. Luz Antonio Rolim (2000, 157) salienta que indivíduos sem ascendência do sexo masculino ou que tinham sido emancipados estariam dentro dessa classificação. Os indivíduos da segunda categoria, segundo o mesmo autor, eram os submetidos ao poder familiar (ex. menores e mulheres).

¹Bassically, all relatives who were descended from a common male ancestor were agnati.

²Pure Naturalis Cognatio exists between a woman, who is not in manu, and her children, whether born in marriage or not; and among all persons who are akin merely through the mother, without any respect to marriage. Consequently, children of one mother begotten in marriage and not begotten in marriage, and children of one mother begotten in marriage by different fathers, are cognati.

Com o passar dos anos, O Direito Romano sofreu alterações no campo da família. O *pater famílias*, por exemplo, teve seu poder descentralizado e atribuído à mulher-esposa e aos filhos, e até mesmo o parentesco agnatício cedeu espaço ao cognatício, em tudo muito próximo ao conceito da família brasileiro.

Gaudemet (2001, p. 17) ensina que “Roma conheceu um casamento monogâmico, heterossexual que se formou pela expressão do consentimento dos nubentes, tanto que os divórcios e os recasamentos eram frequentes, este último a partir do período imperial.”

Com o casamento, a mulher romana passava a integrar a família do marido, sujeitando-se a manus, que era o poder marital. Quanto às formas de união, tivemos a *coemptio* (casamento dos plebeus) e ainda havia a *usus* (casamento pela convivência ininterrupta do homem e mulher que fazia nascer o poder marital).

No tocante à filiação era presente no direito romano a *adoptio*, ato pelo qual se ingressava, como *filius famílias*, em família que não era a sua de origem. Distingue esta duas formas constitutivas conforme seja o adotado *alieni iuris* ou *sui iuris*, a saber: a adoção em sentido estrito e ad-rogação.

Maluf (2010, p. 26) nos esclarece que:

em Roma a família era fundada sob elos fortes de coesão entre os membros submetidos ao chefe, o pater, e representava uma base sólida de organização social, a pátria potestas era perpétua, independente da idade do filho, conferindo ao pater poderes de dirigir-lhes a vida (Sétimo Severo acabou com o direito de o pai dispor da vida do filho), os bens, consentir-lhes o casamento, impô-los o divórcio (no domínio de Antonio Pio foi cassado ao pai esse direito), vender ou abandonar os filhos (no domínio de Constantino Magno foi proibido o abandono destes, exceto quando efetuado logo após o nascimento – *ad huc sanguinolentus*).

Havia, também, no direito romano a possibilidade de constituir família independentemente do casamento (AZEVEDO, 2002, p. 167). O concubinato era uma união muito comum entre os romanos, mas não se verificava o *affectio maritalis*. Em Roma, o divórcio era praticado largamente. Na ausência de *affectio maritalis*, o casamento perdia sua razão de ser e o divórcio se opunha entre os cônjuges (DANTAS, 1991, p. 33).

Aduz Gaudemet (2001, p. 18) que o concubinato teoricamente era ignorado pelo direito, mas apresentava grande aceitação social.

Dessa forma, esses exemplos de relacionamentos elucidam uma variedade de formas de modelos de vida em comum praticados desde a antiguidade e que

sofreu modificações ao longo do tempo, com forte influência de fatos culturais, econômicos, sociais, religiosos e políticos.

Com o Império, o pátrio poder enfrentou inúmeras restrições do Estado, alterando as regras sucessórias entre filhos, a destinação da guarda da prole à mulher, a determinação de herança entre mãe e descendentes passaram a vigorar, o que antes era inadmissível, a mulher ganhou espaço na sociedade.

Com Constantino, século IV dc, uma nova concepção de família penetrou na realidade romana – a concepção cristã – que conferiu-lhe uma nova feição: ao invés da família romana e suas variações veio a família constituída pelo casal e sua prole, cuja coesão se funda no sacramento do casamento (MAZEAUD, 1976, p. 28/29).

E firma-se o conceito de família de forma múltipla: o conjunto de pessoas ligadas a alguém pelos laços consanguíneos ou de parentesco civil; ora marido e mulher, descendentes e adotados; ora, finalmente, marido e mulher e parentes sucessíveis de um e de outro.

Pode-se notar, por outro lado, que a evolução da família e a forma como os indivíduos se inter-relacionam dentro na realidade brasileira, acompanhou o tratamento dado às mulheres.

Em linhas gerais, ao tempo do Brasil Colônia (1500 a 1822), preponderava um sistema em que as mulheres eram destinadas ao casamento e aos afazeres domésticos, com total submissão e obediência aos homens. O papel social da mulher “era, necessariamente, o de esposa e mãe dos filhos legítimos do senhor. A mulher se casava ainda muito jovem e o marido, escolhido pelo pai, era geralmente, bem mais velho” (TELES, 1993, p. 19).

O estudo era destinado apenas aos homens, havendo notícia que no século XVII, em São Paulo, apenas duas mulheres sabiam escrever seu nome (TELES, 1993, p. 19).

No âmbito legislativo, durante muitos anos vigeu no Brasil, mesmo após a proclamação da independência, o direito português, que foi sendo paulatinamente substituído, só tendo sido definitivamente revogado pelo Código Civil de 1916.

Anote-se, a título exemplificativo, o teor do Livro IV, Título LXI § 9º e o Título CVII das Ordenações Filipinas segundo o qual “a mulher era considerada alguém que precisava de “permanente tutela, porque tinha fraqueza de entendimento”; ou ainda “O marido podia, ainda, castigar sua companheira” (Livro V, Títulos XXXVI e

XCV); ou, até mesmo, “matar a mulher acusada de adultério” (Livro V, Título XXXVIII) (PENA, 2008, p. 64).

Já no Brasil Império (1822 a 1889), houve significativa humanização em relação ao ordenamento anterior tendo por base a Constituição de 25 de março de 1824. É claro que ao se tratar da “igualdade de todos perante a lei” (artigo 179, XIII), o direito não era garantido ainda às mulheres. Por outro lado, a mulher ganhou direito aos estudos e de ingresso no mercado, embora seu papel central ainda fosse a de mãe e esposa.

Tem-se, ainda, que o século XX, segundo Cunha Pereira (2002, p. 77), marcou o nascimento do movimento feminista e o início do declínio do sistema patriarcal. No Brasil, este movimento ganhou força a partir década de 60 do século XX, e alguns diplomas retratam bem o ideal deste movimento, como, por exemplo, a lei 4.121/64, que trata do “Estatuto da Mulher Casada”. Aos poucos foram se afirmando os direitos femininos e já no final da Primeira República iniciaram-se movimentos para garantir o direito ao voto (TELES, 1993, p. 43).

Como consequência, os chamados papéis masculino e feminino foram, aos poucos, se fundindo, fazendo com que fosse necessário repensar toda a organização jurídica da família.

Essa modificação estrutural e organizacional, especialmente nos costumes, somada à “liberalização sexual”, levou a falar-se, inclusive, em “crise da família”³.

Juntamente com as modificações, tivemos também maior intervenção estatal, no sentido de proteção da família, proteção esta que hoje se mostra expressa em diversas constituições ao redor do mundo, bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, trazendo a previsão em seu artigo 16.3 de que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

A questão que surge é: como organizar juridicamente a família se não temos mais uma forma única para sua constituição? Até o momento, não há fórmula exata para responder a tal questionamento.

³No quadro das profundas transformações culturais, sociais e econômicas, diversos doutrinadores tratam do modelo familiar pós-moderno e reforçam o sentimento de falência da família em contraposição à estrutura patriarcal.

Passou-se a introduzir modificação estruturante no Direito de Família, na medida em que a família deixou de desempenhar papel econômico e reprodutivo, superando valores antigos para introduzir a liberdade dos sujeitos como pilar de sustentação.

Além da substituição do chamado modelo patriarcal por um modelo em que homens e mulheres estão em pé de igualdade, outras alterações históricas e estruturais foram explicitadas em nossa Constituição Federal, valendo a pena mencionar algumas delas.

À ideia de “família legítima”, por exemplo, baseada em casamento ou vínculo biológico entre seus membros, foram acrescentadas outras formas de conjugabilidade e constituição da família, ao lado daquele modelo.

Essa evolução no campo doutrinário e jurisprudencial foi um reflexo para melhor regulamentar as situações fáticas existentes. É uníssono que a Constituição Federal elenca um rol meramente exemplificativo e inclusivo, admitindo-se a família plural. Tal situação refletiu a possibilidade de inserção do nome do padrasto ou madrastra ao nome do enteado (Lei n. 11.924 de 17 de abril de 2009).

Como um reflexo de toda essa transformação, já em 2002, surge o atual Código Civil, trazendo em seu texto normas de conteúdo aberto e também protegendo as diversas espécies de família e alterando, igualmente, as formas de parentesco e filiação.

Tome-se como exemplo a cláusula geral de parentesco, conforme se verifica do artigo 1.593 do Código Civil brasileiro: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

O texto da norma é claro: no conceito contemporâneo de parentesco, pode-se dizer que é oriunda de três espécies de vínculo, quais sejam: vínculo sanguíneo (biológico), vínculo de direito (por exemplo, na adoção) ou mesmo vínculo de afetividade, razão pela qual, ainda que não exista o vínculo biológico ou mesmo o jurídico, é possível o reconhecimento do parentesco com base na afetividade, permitindo a elasticidade de seu conceito. Observa-se que nas famílias recompostas existe um lugar propício para que se nasça e se cultive a socioafetividade, já que, na maioria das vezes, umas das partes já possui filhos de relacionamento prévio. Inclusive dessas relações surgem, muitas vezes, pedidos de adoção, possibilitando, de modo concomitante, a manutenção do vínculo biológico ao lado do socioafetivo.

O tema assume especial importância uma vez que, diante das diversas espécies de filiação e é possível considerar que existem diversos modos de se poder realizar o projeto parental.

Quando surgiu o Código Civil de 2002, trazendo em seu texto normas de conteúdo aberto e também protegendo as diversas espécies de família, deixou questões sem resposta, mas, por outro lado, permitiu que o direito avançasse e se amoldasse às situações fáticas não regulamentadas por lei, como por exemplo, a possibilidade de se permitir a multiparentabilidade, biológica e socioafetiva, de forma concomitante, as relações homoafetivas (hoje, uma realidade), útero em substituição entre outras.

Fruto da evolução da medicina, as formas de filiação também tem se alterado advindo das técnicas de reprodução assistida em suas mais diversas formas. Por outro lado, fica claro o despreparo da sociedade para acompanhar as evoluções da área da medicina, o que reflete nas lacunas que surgem no ordenamento jurídico.

Na reprodução humana assistida pela inseminação artificial homóloga, por exemplo, existe a polêmica utilização do método mesmo quando falecido o marido, bem como problemas que podem surgir no campo das sucessões quando da utilização de inseminação *post mortem*.

Com relação à reprodução humana assistida heteróloga, esta se coloca ainda mais polêmica, já que o filho será biologicamente de um terceiro doador de material genético. O Código Civil é omissivo de modo que os operadores do direito recorrem às resoluções do Conselho Federal de Medicina e Conselho Nacional de Justiça.

Portanto, se o parentesco pode ter outras causas que não a sanguínea, modifica-se sensivelmente o modo como os componentes de uma entidade familiar nela ingressam. Diante das várias espécies de filiação que podem ocorrer em uma mesma situação fática, surge a necessidade de se resolver os conflitos diante do caso concreto.

No que tange aos filhos, a categorização outrora existente em filhos biológicos e adotivos ou filhos advindos do casamento e filhos de relações extraconjugais permanece apenas conceitualmente, porém sem nenhuma repercussão quanto aos efeitos, havendo hoje a paridade de direitos entre os filhos

de qualquer origem, se é que podemos falar em “origem”, já que não há sentido em qualquer diferenciação nos dias de hoje.

A despeito desses avanços, não se pode ignorar as consequências que podem surgir desse novo estado de filiação e familiar, como as questões sucessórias, guarda, alimentos, visitas.

Também o Direito de Família tem se modificado e transformado por conta da evolução vivida pela sociedade, onde as pessoas, na busca de sua realização plena e felicidade, se emancipam e criam outras figuras de entidade familiar, como a homoafetiva⁴.

Na atualidade, a socioafetividade é um dos temas mais palpitantes no direito de família, mormente em razão dos efeitos decorrentes de tal admissibilidade, como o direito previdenciário e sucessório. A jurisprudência, no início, foi reticente, mas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal⁵ admitem a coexistência de multiparentalidade de filiação biológica e socioafetiva, sem que uma exclua a outra, além das relações familiares constituídas por padrastos e enteados.

Há ainda, como é natural, muitíssimas perguntas em aberto. Por exemplo, se uma pessoa pode receber herança de dois pais, é preciso recordar que também pode ocorrer o contrário, pois a tese aprovada produz efeitos em ambas as direções: direito do filho em relação aos múltiplos pais ou mães, mas também direitos dos múltiplos pais ou mães em relação ao filho. Assim, o que ocorre caso o filho venha a falecer antes dos pais, sem deixar descendentes? Como fica a repartição dos quinhões hereditários? E o que ocorre se os múltiplos pais vierem a necessitar de alimentos? Deve o impedimento matrimonial ser mantido tanto para os laços de parentesco biológico como para os socioafetivos, nos termos do artigo 1521 do Código Civil?

Também podemos salientar o receio de que a posição adotada pelo STF possa gerar demandas mercenárias, baseadas em puro interesse patrimonial. E

⁴Resolução nº 175, de 14/05/2013 do Conselho Nacional de Justiça: “Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo” <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1754>> Acesso em 22.jan.2018.

⁵Como se sabe, a corte decidiu, por maioria, que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. Confira-se no RE 898.060 e da análise da Repercussão Geral nº 622

qual a repercussão desse entendimento na adoção? Estaríamos diante de uma incoerência do sistema jurídico? Deve ser alterado o Estatuto da Criança e Adolescente? Em casos de adoção pode ocorrer a destituição do poder familiar mas, se for o caso de multiparentalidade, mantém-se a filiação biológica e acrescenta-se a socioafetiva?

Nas chamadas técnicas de reprodução assistida, a complexidade do tema e a dificuldade de se encontrar soluções a partir do nosso ordenamento permanece⁶. Seria válida, à luz da Resolução do CNJ e com base em recentes julgados do STF, o direito ao conhecimento da ascendência biológica sem efeito de paternidade? Ou a ascendência biológica representa sempre um vínculo de paternidade, com todos os seus efeitos?

Ao trazer à baila estes tópicos controvertidos, não se pretende infirmar a importância de um novo tratamento dado à família. Busca-se apenas uma reflexão para que a interpretação que se pretenda dar não crie conflitos ou incoerências, pois justamente o que buscamos aqui é um tratamento adequado e justo, evitando o casuísmo simples e perigoso que invade o vácuo criado pela ausência de sistematização jurídica prévia que dê estabilidade a esse movimento.

Por outro lado, a família sempre teve e sempre terá papel primordial na sociedade e cabe ao Direito dela ocupar-se, não para amarrá-la, mas para acolhê-la e dar-lhe guarida, mesmo porque, com o advento do Código Civil de 2002, ao contrário do diploma anterior, de cunho individualista e patrimonialista, trouxe como princípios a eticidade e a socialidade.

De todo modo, o Brasil não é exceção nesse descompasso entre a realidade e o ordenamento jurídico.

Por isso, uma nova visão mais consentânea com a realidade se impõe, pois não é possível traçar paralelo da proteção dada à família hoje com aquela oriunda do direito romano. Sem pensamento mais coeso e uniforme, viveremos de

⁶Confira-se Provimento nº 52, de 14 de março de 2016 do Conselho Nacional de Justiça

Art. 2º. É indispensável, para fins de registro e da emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

I - declaração de nascido vivo - DNV;

II - declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando a técnica adotada, o nome do doador ou da doadora, com registro de seus dados clínicos de caráter geral e características fenotípicas, assim como o nome dos seus beneficiários;

microssistemas e leis esparsas que criam, cada vez mais, conflitos no ato de interpretar.

Nessa ordem de ideias, fala da despatrimonialização Tartuce e Simão (2013, p. 2) mencionando que esse fundamento fica explícito até mesmo na sequência das normas no atual Código Civil, pois no tratamento dado à família, o Código primeiro trata dos direitos pessoais e existenciais, nos artigos 1.511 a 1.638, e só depois, entre os artigos 1.639 e 1.722, regula os direitos patrimoniais.

Em suma, o que se verifica é a passagem de um sistema fechado que aceitava a família oriunda do casamento, exclusivamente, para outro mais aberto, plural e democrático, em que se somam outros arranjos.

Antigas funções da família, como a unidade econômica ou a função procracional, deram lugar à função de realização pessoal dos indivíduos que a compõem.

E com base na afetividade, surgem novos modelos de família, além da tradicional família matrimonial, decorrente do casamento.

Ao lado da chamada família legítima e da família informal, fala-se até mesmo na família anaparental, ou seja, sem pais ou pessoas ligadas por vínculos comuns, na qual se encaixa, por exemplo, o núcleo familiar constituído por duas irmãs que moram juntas, sem os pais.

Esse modelo formado por duas irmãs inclusive gerou um precedente em nosso Superior Tribunal de Justiça, ainda na década de 90, que reconheceu a aplicação das restrições impostas ao bem de família, constituindo família, no entender do tribunal⁷, entendimento este que, uma vez consolidado, resultou na edição da Súmula nº 364 do STJ, segundo a qual o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

Sobre tais modelos ensina Dias (2013, p. 43):

O novo modelo de família funda-se sob os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo uma nova roupagem axiológica ao direito de família (...) A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.

⁷REsp 57.606/MG, Rel. Min. Fontes de Alencar, 4ª Turma, j. 11.04.1995, DJ 15.05.1995, p. 13.410.

Famílias monoparentais, recompostas, binucleares, casais com ou sem filhos oriundos ou não de outras relações, pais e mães criando filhos unilateralmente, inseminação artificial, útero de substituição, etc...

Nota-se que é extensa as modalidades de arranjos, o que nos leva à seguinte pergunta: de que forma é possível resguardar a célula básica da sociedade? Em caso de conflitos, como resolvê-los? Em que medida pode-se utilizar os métodos alternativos de solução de conflitos? Seriam eles os meios mais efetivos para solucionar as complexas questões familiares?

Nesse desenvolvimento para a superação de antigos valores e impasses, constata-se que o conceito de família, além de plural, está em constante movimento.

Todos os citados “novos” modelos de família explicitados têm em comum o fato de estarem fundamentados, acima de tudo, em vínculos de solidariedade e afetividade, com vistas à felicidade e à preservação da dignidade da pessoa humana.

Conforme ensina Dias (2013, p. 40):

Nos dias de hoje, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo.

Os princípios fundamentais positivados pelo Poder Constituinte, somados à evolução do pensamento científico e à globalização, têm impulsionado o surgimento também de uma nova legislação.

O nosso atual Código Civil, em vigor desde janeiro de 2003, não conseguiu traduzir todas as novas concepções do atual direito de família, até mesmo em razão do demorado trâmite, que fez com o diploma, em alguns pontos, já nascesse velho.

O ordenamento que busque incorporar a família contemporânea, ou pós-moderna, deve estar em consonância com os princípios basilares atuais do direito de família, sendo necessária a adoção de hermenêutica contextualizada.

Alerta o filósofo francês Ferry (2008, p. 20) que “vivemos, sem tomar consciência nem medir seus efeitos, uma formidável revolução do espírito” baseada no casamento por amor, deslocando o “sagrado” – antes representado pela “Divindade, hierarquias sociais aristocráticas, Nação, Pátria, ideais revolucionários” – para a própria humanidade, a nova “encarnação do sagrado”.

Em outras palavras: a partir do rompimento de antigas concepções, fica claro que inclusão e cidadania se tornaram elementos nucleares no Direito de Família o que evidencia que os textos legislativos não acompanharam a evolução da família. Nem mesmo a jurisprudência consegue incorporar os princípios basilares ou organizar adequadamente o pensamento jurídico.

As relações familiares são muito mais complexas do que se revela a legislação vigente e é no campo principiológico o palco mais adequado para melhor alcance do valor do justo, acima até do campo moral, que muitas vezes se revela estigmatizante. Princípios servem como vetores que oxigenam o ordenamento jurídico e permitem acomodar as várias formas de família, protegendo-as quando um conflito surgir e merecer especial atenção no momento da solução.

Realizar-se como sujeito, o afeto e os vínculos decorrentes das uniões, a relação paterno-filial e a felicidade são todos aspectos que se sobrepõe às normas estatais. Mas, por outro lado, é certo que devemos enfrentar as novas situações resistindo aos apelos do politicamente correto e de certas facilidades momentâneas, evitando que as consequências de decisões judiciais saiam do controle.

Mas não se ignora que o principal vetor dessas mudanças é o próprio Estado e essa reforma deve se processar dentro de uma visão política que deve ser mais do que simplesmente pragmática. Recentemente, a internet⁸ divulgou o casamento de uma menina com cachorro na Índia a pretexto de purificação da alma. Seremos, então, obrigados a aceitar qualquer situação absurda para a sociedade? Qual a repercussão para o futuro da sociedade?

O exemplo citado acima é trazido pensando em todos os temas de relevo ainda não tratados adequadamente pelo legislador pátrio. Azevedo (1975, p. 15) expressa seu receio sobre todas essas questões salientando que “como sucedeu com o Direito Romano, toda a beleza e toda a força do sistema jurídico brasileiro, em especial o Direito Civil, venha a perder a sua significação para a maior parte das pessoas, afastando-se, assim, do presente e da vida”.

⁸<<http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/mundo-insolito/2014-09-03/jovem-se-casa-com-cachorro-em-cerimonia-luxuosa-na-india.html>>. Acesso em 30.out.2017.

1.1 Família: transição ou desestrutura?

O Brasil não se distancia da realidade vista no plano internacional. Se, por um lado, cabe ao Direito moldar o fato e dar a ele tratamento jurídico adequado, também não pode, especialmente no Direito de Família, amarrar ou engessar novos formatos a pretexto de velhos preconceitos.

O descompasso existente entre fato social e legislação é flagrante e traz preocupação e inquietude. Afinal, se, por um lado, o casamento civil e monogâmico ainda é hoje a base da família que se sobrepõe aos demais arranjos familiares, como ignorar, em tempos de transformação cultural, os anseios da sociedade sem correr riscos embutidos nessa transição? Como, ainda, conjugar as bases da segurança jurídica com as relações de afeto entre pessoas não unidas pelo casamento por vínculos de parentesco? Como acomodar as mais variadas formas de relacionamento humano sem expor o sistema jurídico a riscos?

É inegável que, a despeito de uma igualdade meramente formal, a condição da mulher, do homossexual, dos filhos havidos fora do casamento entre tantos outros exemplos foram, durante muito tempo, completamente ignorados ou excluídos do arcabouço jurídico e existe uma longa jornada pela frente para efetivamente compatibilizar certos preceitos, como a segurança jurídica advinda do casamento civil monogâmico e a proteção da identidade de gênero e orientação sexual do cidadão.

É preciso, portanto, um tratamento legislativo que acompanhe essa evolução social, já que a família, podemos dizer, não é uma criação ou ciência, mas um dado natural e é dever do Estado propiciar instrumentos de proteção.

Reduzir ou restringir a família a um núcleo impermeável, desconectado com a sociedade, retiraria, em última análise, do indivíduo seu ponto de referência onde ele nasce, cresce e se desenvolve, ficando comprometida a própria função social da família brasileira.

Para HIRONAKA (2007, p. 12/14), o formato familiar se modificou porque os costumes, a tradição e os valores se alteraram “com a introdução de novos comportamentos e novos princípios, com o abandono de matises em desuso.”

No mesmo sentido, ensina CARBONNIER (1995, p. 239), ao afirmar que “a família é um fenômeno de grupo, de associação e dissociação, que subsiste pela diferença e pela satisfação de necessidades diversas, dentro da amplitude do

quadro social, que se transforma no tempo, nas funções, nas estruturas, e continuará sempre a se transformar, certamente arupando formas novas, impondo novos contornos.”

Nessa ordem de ideias, é oportuno considerar a necessidade de, a despeito de se acolher à citada nova realidade, restringir os extremos de se abarcar na dita família pós-moderna todas as relações humanas. Adverte FERRY (2008, p. 20) sobre a necessidade de defesa de valores vigentes e certas tradições no que de bom e útil exista neles, resistindo-se aos apelos fáceis do politicamente correto.

Em sua tese de doutorado “Novos vínculos jurídicos nas relações de família”, Vilhena Nunes (2009, p. 21) alerta que “a desconstrução dos valores antes consagrados e definidos deixa desnorteada a ordem jurídica contemporânea que, desvalida de critérios sólidos para garantia da sua eficácia e coerência, acaba por estender a limites indesejáveis a atividade do julgador.”

2. A MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Ao elevar a República Federativa do Brasil à condição de Estado Democrático de Direito, o art. 1º da Constituição Federal de 1988 tornou indispensável a efetivação, entre outros direitos fundamentais, do pleno acesso à Justiça.

Todavia, não basta assegurar o direito ao exercício da ação, a um processo, a uma decisão; deve-se garantir que esse procedimento ofereça à sociedade a Justiça em sua plenitude, o que compreende também a resolução célere e menos onerosa dos processos e que solucione adequadamente os conflitos.

A partir do mencionado dispositivo constitucional, porém, não se pode inferir que todo cidadão lesionado ou ameaçado em seus direitos esteja obrigado a ingressar em juízo, mas apenas que a solução de litígios não seja feita pelas próprias mãos.

Diante desse panorama, ganham relevo os meios alternativos de solução de conflitos, os quais suprem as deficiências do Estado na administração da Justiça e, no caso das questões familiares, buscam a cultura da paz através do resgate do diálogo entre os envolvidos.

Há que se considerar, ainda, que a Constituição Federal estabelece no preâmbulo⁹ a solução pacífica das controvérsias como um compromisso da sociedade brasileira.

Ainda que se considere que o preâmbulo não tenha força normativa, como pretendem alguns doutrinadores, o certo é que reflete a posição ideológica do constituinte.

A Ministra Nancy Andrighi salienta, em seu artigo “A Paz Social na Constituição de 1988” que “o preâmbulo possui necessariamente um forte caráter emocional, pois ele traduz anseios, perspectivas e dificuldades vivenciadas no momento histórico em que discutida a Constituição.”

⁹Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Também merece consideração que o próprio Código de Processo Civil de 2015 previu em seu artigo 3º, §2º, como norma fundamental, que o “Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.”

Com efeito, se de acordo com a própria Constituição, art. 5º, II, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, a ausência de proibição legal haverá de ser sempre interpretada como permissão.

Decorre, daí, o princípio da autonomia privada, segundo o qual a própria ordem jurídica reserva espaço às liberdades individuais, não apenas como fonte geradora do direito, mas também como determinação da forma de superação de determinados conflitos de interesses.

Diante disso, a exclusão da jurisdição estatal pelas partes, nos limites autorizados em lei, não caracteriza ofensa à Constituição. Afinal, se é dado à parte dispor do direito de ação material, também lhe deve ser permitido dispor sobre a forma como pretende exercê-lo.

A mediação, como salienta MORAES (2003, p. 105/147), potencializa o acesso à justiça em sua concepção contemporânea de ordem justa na medida em que a desconstrução do conflito será **adequada** (solução mais apropriada e justa na percepção dos próprios mediandos); **tempestiva** (acontece no ritmo dos mediandos) e; **efetiva** (como os mediandos são os autores da composição final, o compromisso com o cumprimento do acordado é, em muito, incrementado).

Consequentemente, ao longo de todo o processo de mediação, consagram-se os princípios norteadores do direito das famílias que veremos com mais ênfase a seguir.

A liberdade, autonomia e intervenção mínima permearão todo o procedimento, desde a escolha do método e dos mediadores, assim como o protagonismo na participação e coautoria na resolução dos conflitos.

Na medida em que as soluções são inclusivas e de benefício mútuo, concretizar-se-á a solidariedade. Em virtude do não julgamento ou atribuição de juízo de valor e da adequação do tempo ao ritmo das pessoas, o desgaste emocional, relacional e social dos conflitos familiares será preservado, assegurando a integridade psicofísica dos envolvidos, expressão da dignidade da pessoa humana.

Na medida em que pai e mãe reconhecem a complementaridade de seus papéis na vida dos filhos, passam a garantir às crianças e aos adolescentes a convivência cotidiana com as famílias materna e paterna e, por consequência, a transmissão continuada de valores e princípios pelas linhas materna e paterna, em observância ao princípio da parentalidade responsável.

Como resultado da conjugação dos princípios da convivência familiar plena e da parentalidade responsável, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é também concretizado pela incorporação do instituto da Mediação às práticas comumente utilizadas nos desenlaces conjugais ou convivenciais.

A toda evidência, os contextos familiares em muito se beneficiam do consenso, pois, como base da sociedade, a família precisa preservar sua higidez. Em virtude do grau de subjetividade que comumente permeia os conflitos familiares, a Lei previu a interdisciplinaridade como marca da mediação familiar. A complementaridade de saberes e aportes na condução do processo de diálogo e negociação assistidos potencializa em muito as chances de êxito da mediação, concretizando o objetivo preconizado pelo NCPC. O olhar multidisciplinar para as controvérsias familiares possibilita identificar seus diferentes matizes e mapear os aspectos prevalentes em sua construção, com o objetivo, inclusive, de eleger as melhores estratégias de abordagem.

Demais disso, vale a reflexão segundo a qual as dinâmicas familiares são muito singulares e demandam uma abordagem que respeite essa característica. Em uma mediação, as premissas que nortearão as deliberações e decisões não são predefinidas, como acontece com os norteadores legais, mas identificadas a partir do relato dos próprios mediandos, de forma que retratem e respeitem o senso de justiça, razoabilidade, proporcionalidade, coerência inerente àquele contexto familiar.

As intervenções no contexto familiar precisam sempre considerar suas repercussões positivas e negativas sobre esse universo de pessoas, em especial sobre os filhos, sujeitos em formação, e sobre os seus diferentes personagens em seus particulares momentos do ciclo de vida. Sobre cada família em seu especial momento e com seu especial conjunto de integrantes, nossas intervenções provocarão distintas repercussões.

2.1 Princípio da Afetividade

Com isso, o afeto deixa de ser um conceito apenas do ramo da psicologia, voltado à definição de um sentimento, para tornar-se um princípio jurídico de constituição de família.

Nem sempre onde houver afeto, haverá família (vide as relações de amizade), porém, sempre onde houver família, haverá afeto. Ressalte-se a alteração do verbete Família no Dicionário Houaiss, 2016, compreendendo agora “um núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantém entre si uma relação solidária.”

O afeto, além do elemento formador da Família, também pode trazer sentimentos e emoções negativas, fato que resta corroborado com a responsabilização por abandono afetivo.

Lobo (2002, p. 91) reconhece os seguintes elementos de um núcleo familiar: além da afetividade, a ostentabilidade e a estabilidade. A afetividade estrutura a própria família; a estabilidade reflete na exclusão de relações fortuitas e eventuais; por fim, a ostentabilidade pressupõe que a entidade se apresente como tal perante a sociedade, ou seja, uma autodeclaração afirmada pelo consenso entre os partícipes.

Para que haja uma entidade familiar, é necessário afeto especial ou, mais precisamente, afeto familiar, que pode ser conjugal ou parental. O constitucionalista Barros (2002, p. 9) define afeto familiar como:

um afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam

Acrescento a estes elementos trazidos pelo Prof. Paulo Lôbo, um outro, que na verdade, reúne todos eles. Esse elemento, ou melhor, essa noção de família sustentada pelo afeto, deve conter, em seu núcleo, uma estrutura psíquica. É a partir desses pressupostos que Lacan pôde definir a família como uma estruturação psíquica (CUNHA PEREIRA, 2003, p. 13).

Este valor estrutura vários dispositivos legais, como se permite observar, por exemplo, na redação do art. 1.511 do Código Civil, que prevê que “o casamento estabelece uma comunhão plena de vida entre os cônjuges”. Assim, a vida em comum apenas se justifica enquanto proporcionar a comunhão afetiva da vida do

casal, não justificando sua manutenção se a vida em comum já não mais existe. Tal fato corrobora, também, a abolição do princípio da culpa na dissolução do casamento, cujos efeitos já foram minorados em relação ao instituto dos alimentos e também no divórcio.

Também os artigos 229 (dever mútuo de assistência entre pais e filhos) e 230 (dever familiar de amparo aos idosos) da Constituição Federal são reflexos de como a afetividade gera deveres decorrentes dos vínculos familiares.

Portanto, afirma-se que a família é uma construção cultural¹⁰ e não um elemento biológico ou genético que se organiza por aspectos simbólicos e que se soma ao vínculo biológico, podendo ou não coexistir. De todo modo, o que garante que os integrantes da entidade familiar se estruturam como sujeitos são as motivações de afeto. Insista-se, a família só faz sentido para o Direito a partir do momento em que ela é veículo funcionalizador à promoção da dignidade de seus membros (TEPEDINO, 2003, p. 372/373). No âmbito da família eudemonista, que visa a liberdade plena do sujeito em busca da felicidade, o núcleo familiar não se justificaria sem o afeto.

2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Conforme disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, o nosso Estado democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, o que aponta para uma personalização do direito, com valorização da pessoa em detrimento da patrimonialidade outrora presente.

Em poucos ramos do direito a dignidade tem a aplicação de forma tão cristalina como no direito de família.

Diante dos novos rumos traçados, a família hoje deve ser tida inclusive como um instrumento para realização e promoção da dignidade dos membros que a compõem. Não significa dizer que não existia esse objetivo nos arranjos familiares, mas que a sua não realização não gerava repercussão jurídica.

¹⁰“La famille est un phenomene à base de donées biologiques, psychologiques, sociologiques – de donées naturelles, em somme, que nous livrent des sciences; mais il a été modele par le droit, et il est toujours em atente d’être remodelé par une politique législative. La famille, l’enfant, le couple.” (CARBONNIER, 2002, p. 7).

O princípio da dignidade humana fundamenta e serve de sustentação de qualquer ordenamento jurídico contemporâneo, não sendo possível pensar em direitos desatrelados da ideia e do conceito de dignidade.

Embora essa noção esteja vinculada à evolução histórica do Direito Privado, ela tornou-se também um dos pilares do Direito Público, na medida em que é o fundamento primeiro da ordem constitucional, expresso logo em seu artigo 1º, e, portanto, o vértice do Estado de Direito (CUNHA, 2002, p. 260).

O princípio da dignidade é chamado macroprincípio, a partir do qual emanam outros essenciais, como liberdade, autonomia privada, igualdade, alteridade e solidariedade. Dessa forma, constitui tal princípio na verdade uma reunião de princípios éticos.

O artigo 1º, III, da CF/1988 não traz o conceito de dignidade da pessoa humana, mas apenas indica que ela é uma das finalidades a ser buscada e preservada pelo Estado brasileiro.

A expressão “dignidade da pessoa humana”, com o sentido que hoje lhe é atribuído, é de uso relativamente recente no mundo jurídico, podendo ser fixado seu marco inicial a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que dispôs em seu artigo 1º que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”, embora a Constituição da República italiana, um ano antes, ou seja, em 1947, já tivesse se utilizado de tal expressão em seu artigo 3º, ao proclamar que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política e condições pessoais e sociais”.

Já em 1949, a Constituição da República da Alemanha, em seu art. 1.1 também se valeu de tal expressão (“A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”), e desde então todas as constituições democráticas começaram a utilizar mencionado termo, que passou a estar intrinsecamente atrelado à noção de cidadania.

Cunha Pereira (2003-B, p. 5/11) nos ensina que essa orientação foi incluída nos ordenamentos jurídicos contemporâneos como resultado de conquistas sociais e conflitos do pós-guerra.

Uma sociedade justa e democrática começa com o respeito à liberdade e à autonomia privada de seus indivíduos.

Assim, excluir ou negar validade a determinadas relações de família é, podemos dizer, um desrespeito aos Direitos Humanos, por afrontar a dignidade da pessoa humana.

O Direito de Família só estará em consonância com o ideal de dignidade e com os Direitos Humanos quando essas relações privadas de afeto não forem mais ignoradas pelo ordenamento.

São inúmeros os exemplos registrados em nossa sociedade de desrespeito à dignidade, hoje superados: a desigualdade entre homens e mulheres; a proibição de registrar o nome do pai nos filhos havidos fora do casamento se o pai fosse casado; o não-reconhecimento de outras formas de família que não fosse o casamento.

Partindo da ideia de promoção pessoal, o direito de família está intimamente ligado aos “Direitos Humanos” e à dignidade do indivíduo. Essas noções são essenciais para a ideia contemporânea de cidadania, que por sua vez, tem impulsionado a evolução do Direito de Família.

Deriva a dignidade, pode-se dizer, da moral kantiana (KANT, 2000, p. 49) que assegura o respeito pelas pessoas interpretando que:

Todo o ser racional existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Todos os objetos das inclinações têm somente um valor condicional, pois, se não existissem as inclinações e as necessidades que nelas baseiam, o seu objeto seria sem valor.

A utilização do termo “cidadania” repousa na inclusão dos indivíduos, e nunca a exclusão, o que inclui a legitimação e a inclusão, com a devida proteção jurídica, de todas as formas de constituição familiar, bem como respeito a todas as espécies de vínculos e suas diferenças.

Assim, pode-se dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana traz para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos indivíduos, bem como sua liberdade na instituição de suas relações de afeto e consequente constituição de família.

Atualmente, a dignidade da pessoa humana orienta o Estado Democrático de Direito e impõe a estruturação de todos os institutos jurídicos à pessoa humana. Está dentro de seu conteúdo um comando imperativo, dirigido aos operadores do Direito, de despir-se de preconceitos – principalmente no âmbito do direito de família –, de modo a se evitar tratamento indigno a quem quer que seja, devendo sempre

buscar-se a preservação da intimidade, da afetividade e da felicidade como principais valores do direito de família.

Como exemplo da influência deste princípio nas regras que constituem o direito de família, pode-se mencionar a consolidada tendência doutrinária e jurisprudencial de afastamento da discussão acerca de culpa nas ações de dissolução do vínculo conjugal, especialmente após a edição da Emenda Constitucional 66/2010.

Ora, se a pessoa tem liberdade para constituir um núcleo familiar, também deve a ter para a desconstituição, sem que para isso precise comprovar, ou mesmo expor, qualquer conduta do outro consorte, pois a exposição de questões pessoais relativas ao matrimônio, ou a obrigatoriedade de manter-se o vínculo caso não haja uma conduta culposa que possibilite a dissolução por certo ferem, e muito, a dignidade da pessoa humana.

Sob a perspectiva da dignidade humana, a família, em constante transformação, volta-se para o desenvolvimento integral de cada um de seus integrantes. A mediação familiar, assim como outros métodos alternativos de solução de conflitos, auxilia a solução de forma mais satisfatória para as pessoas envolvidas. Ela se apresenta como um canal de escuta entre os envolvidos e uma forma de restabelecer a comunicação bloqueada pela falta de diálogo, capacitando a busca de soluções singulares e mais adequadas para a realidade individuais de cada família, em conformidade com os ideais de igualdade, liberdade, solidariedade e responsabilidade insculpidos na Constituição de 1988.

2.3 Princípio da solidariedade familiar

O Princípio da solidariedade, assim como os demais princípios fundamentais constitucionais, é de difícil conceituação.

Por sua pluralidade de sentidos, pode remeter a diversos significados distintos, entre eles, um ato de bondade com o próximo ou um sentimento, uma união de empatias, interesses ou propósitos entre os membros de um grupo.

O direito romano não trazia uma terminologia muito precisa ao se referir às obrigações solidárias. O fenômeno da solidariedade pode ser encontrado em várias partes. No Digesto (Livro XLV), nas instituições (Inst. 3, 16) e no Codex (C.8,39(40), C.8,40(41) (BONFANTE, 1979, p. 78). As expressões *in solidum obligare* ou

obligatio in teneri sinalizam a existência de obrigações solidárias. Em Roma, existiam dois tipos de solidariedade: a obrigação correal e a obrigação “*in solidum*”. Correia as diferencia da seguinte forma: na obrigação correal, criam-se tantos vínculos quantos forem os sujeitos e o exercício de ação por qualquer credor extingue a obrigação em relação aos outros credores e devedores. Na obrigação *in solidum*, também chamada solidariedade imperfeita, os devedores se exoneram com o pagamento feito por um só; mas a *litis contestatio* feita com um não exonera os demais, razão pela qual admite-se haver não só pluralidade de vínculos como também pluralidade de obrigações. A solidariedade, dentro da própria família, já era tratada em várias fontes romanas.

Também num testamento, contendo legado, a solidariedade podia figurar, passivamente, a cargo dos herdeiros ou ativamente e m proveito dos legatários. Sobre a correalidade passiva temos o texto já citado de Papiniano, D., 45, 2, 9, pr.; sobre a correalidade ativa, Paulo, D., 31, “De leg.”, II, 16 — “Si Titio aut Seio, “utri heres vellet”, legatum relictum est: heres alteri dando, ab utroque liberatur. Si neutri dat, uterque perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret: na m ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest fieri” (CORREIA, p. 211).

A solidariedade vem expressa em nossa Constituição Federal, no artigo 3º, inciso I, sendo objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Mas não é somente isso.

Ela é um dever positivo do Estado (SILVA, 1997, p. 96) e também dever recíproco nas relações humanas. Gama (2008, p. 74) nos recorda que, nas relações familiares, a solidariedade objetiva a proteção de crianças, adolescentes e também dos idosos, mas vai muito além.

A solidariedade dentro da família nos permite afirmar que o lar é, por excelência, um lugar de colaboração, assistência, respeito, proteção e cuidado. Lôbo (2007, n.p.) nos ensina que é um valor e um princípio; é fato e norma, fruto da repersonalização das relações familiares. Isso porque se se limitasse a ser um valor, um sentimento, não teríamos repercussão no direito. Assim, ele é transformado em dever jurídico exigível nas relações familiares, irradiando seus efeitos nas duas dimensões: na família, coletivamente, e em cada um de seus membros, individualmente.

Moraes (2006, p. 44/45) explica que a sua origem está na assimilação da própria percepção de humanidade, elaborada após o período da 2º Grande Guerra Mundial, como resposta aos crimes do período. A ideia de conjunto, presente na

humanidade, retira a força da vontade individual, que marcou os interesses patrimoniais liberais para considerar, cada indivíduo, como parte de um todo e conferir aos interesses existenciais, uma importância que se justifica na ideia de dignidade e se realiza na natureza social de cada ser humano.

O Código Civil de 2002 avançou muito nessa direção, mas ainda está muito aquém das demandas da contemporaneidade. Podemos afirmar com segurança que a solidariedade encontra-se presente não apenas nas relações econômicas, mas também nas existenciais no campo do direito de família.

Ainda assim, torna-se necessário novas mudanças legislativas, pois inúmeras são as demandas contemporâneas.

No vigente Código Civil, podemos destacar algumas obrigações que ilustram bem o reflexo do princípio da solidariedade familiar: direito de pedir alimentos, previsto nos artigos 1694 do Código Civil, segundo o qual os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social. O art. 1.513 estipula “a comunhão de vida instituída pela família”, somente possível na cooperação entre seus membros; o poder familiar (art. 1.630) não é tão significativo pelo “poder” dos pais, mas sim pela sua finalidade, sempre exercida no interesse dos filhos; a colaboração dos cônjuges na direção da família (art. 1.567) e a mútua assistência moral e material entre eles (art. 1.566) e entre companheiros (art. 1.724) são deveres hauridos da solidariedade; os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos para o sustento da família (art. 1.568); o dever de prestar alimentos (art. 1.694) a parentes, cônjuge ou companheiro, que pode ser transmitido aos herdeiros no limite dos bens que receberem (art. 1.700). Também o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003, arts. 11 a 14), as normas da Lei de Alimentos (Lei 5.478/1968) e o ECA (art. 4º) são exemplos de solidariedade que foram incluídos em textos legais.

Paulo Lôbo também nos traz exemplos de como a solidariedade, no plano das famílias, pode irradiar para fora. Exemplo disso é a responsabilidade dos pais em relação aos danos cometidos pelos filhos menores a terceiros, como se vê no art. 933 do Código Civil,

Se a Constituição Federal de 1988 nos direciona, como um dos objetivos da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), e reconhece na família, a base da sociedade (art. 226), nos faz concluir pela

existência de uma responsabilidade social de cada um de seus integrantes em relação aos demais.

Lobo (2007, n.p.) nos ensina que:

A Constituição e o direito de família brasileiros são integrados pela onipresença desses dois princípios fundamentais e estruturantes: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. A solidariedade e a dignidade da pessoa humana são os hemisférios indissociáveis do núcleo essencial irreduzível da organização social, política e cultural e do ordenamento jurídico brasileiros. De um lado, o valor da pessoa humana enquanto tal, e os deveres de todos para com sua realização existencial, nomeadamente do grupo familiar; de outro lado, os deveres de cada pessoa humana com as demais, na construção harmônica de suas dignidades.

E conclui:

A família brasileira, na atualidade, está funcionalizada como espaço de realização existencial das pessoas, em suas dignidades, e como *LOCUS* por excelência de afetividade, cujo fundamento jurídico axial é o princípio da solidariedade. Quando o comando constitucional refere a “sociedade solidária” inclui, evidentemente, a “base da sociedade” (art. 226), que é a família. Viver significa comportar-se em cooperação, pois cada pessoa é uma e múltipla. Em um mundo cada vez mais pessimista, sem utopias e ainda marcado pelo individualismo que dissolve as pessoas no mercado e que engendra a ilusão da autonomia e da liberdade, a solidariedade e o humanismo são janelas iluminadas de esperança de um mundo melhor.

A aplicabilidade direta desse princípio serve como um vetor adequado para a solução de conflitos familiares, exigindo do intérprete o maior alcance possível ao encontrar mecanismos efetivos, sem o qual não teria o colorido necessário e exigido em nosso ordenamento jurídico. Assim sendo, pode-se concluir que a solidariedade contempla o aspecto patrimonial – no que concerne aos alimentos, por exemplo – bem como no campo afetivo/psicológico, de forma a possibilitar o desenvolvimento da personalidade dos membros integrantes da unidade familiar.

2.4 Princípio da igualdade e o respeito às diferenças

A igualdade e o respeito às diferenças são pilares daquilo que se tem por Direito, e no direito de família, como não poderia deixar de ser, são pressupostos para aplicação do justo, pois sem igualdade e respeito não há forma de se tutelar as pessoas, e, conseqüentemente, não há justiça.

A partir do momento em que a mulher teve modificada sua relação conjugal dentro do casamento, passando de pessoa submetida à posição de sujeito de

direitos, em igualdade de condições com o marido, tornou-se inevitável mudanças no Código Civil e demais legislações extravagantes.

Teoricamente a desigualdade dos gêneros está superada no Direito brasileiro. Em relação a essa mudança de perspectiva, são inúmeros os exemplos da aplicação da igualdade encontrados. No artigo 226, § 3º e 4º da CF, temos o reconhecimento do pluralismo das entidades familiares. A igualdade entre homens e mulheres nas relações de casamento também foi uma conquista, conforme estipula o §5º do artigo 226, bem como a igualdade entre filhos e a proibição de qualquer forma de discriminação no artigo 227. Também o tratamento dado na solução da guarda de filhos e da convivência familiar.¹¹

Tal princípio acabou por modificar antigos institutos do direito de família, os quais tinham lastro na questão do gênero¹².

Hoje temos a tão propagada guarda compartilhada, que atribui a ambos os pais a responsabilidade pela direção dos rumos do menor sob o poder familiar, compartilhamento este que, nos dizeres do próprio diploma normativo, deve ser buscado de forma preferencial em relação à guarda unilateral, sucumbindo a antiga ideia de que a genitora teria prioridade no exercício da guarda.

Ainda como decorrência desse princípio no campo processual, tivemos, com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, a extinção da regra de que o domicílio da mulher seria o competente para as ações de divórcio, separação, reconhecimento de união estável e anulação de casamento, de forma que hoje, o foro competente para tais ações será o do domicílio do guardião de filho incapaz, ou do antigo domicílio do casal, caso não haja filho incapaz, não subsistindo, dessa forma, o domicílio privilegiado com base no gênero.

A igualdade na chefia familiar é uma decorrência lógica da igualdade entre os cônjuges, pois se há isonomia entre ambos, o direcionamento familiar deve ser dado também por ambos, constituindo o que hoje a doutrina denomina de “família democrática”. Sobre tal princípio, lecionam Tartuce e Simão (2013, p. 17):

¹¹Artigo 1634: Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584

¹²Referimo-nos aos casos específicos da idade mínima para o casamento, que no CCB de 1916, art. 183, XIII, era 18 anos para os homens e 16 para as mulheres.

Assim sendo, pode-se utilizar a expressão *despatriarcalização do Direito de Família*, eis que a figura paterna não exerce o poder de dominação do passado. O regime é de companheirismo, não de hierarquia, desaparecendo a ditatorial figura do *pai de família (pater familias)*, não podendo sequer se utilizar a expressão *pátrio poder*, substituída por *poder familiar*.

Com as profundas mudanças sociais, outros núcleos familiares foram surgindo e, embora não houvesse um reconhecimento jurídico compatível, eles já eram socialmente aceitos¹³.

A injustiça era enorme e certos personagens pagavam um preço injusto em prol da preservação do modelo rígido da família.

Olvidava-se a proteção dos vulneráveis, afastando-se da dignidade e da igualdade dos envolvidos em nome de uma intervenção indevida do Estado.

Importante considerar recente decisão do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nºs 878.694¹⁴) que decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil, o qual sustenta diferenciação entre cônjuge e companheiro, no que tange à sucessão hereditária, deixando entrever a inexistência de hierarquia das diferentes formas de família.

¹³O último censo realizado pelo IBGE (2010) aponta que mais de um terço das uniões no país é formada consensualmente por pessoas não casadas (36,4%). Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br>>. Acesso em 22.mai.2017.

¹⁴Confira-se, a propósito o pensamento da lavra do relator Ministro Luiz Roberto Barroso no mencionado Recurso Extraordinário nº 878.694: Além de estabelecer uma inconstitucional hierarquização entre entidades familiares, o art. 1.790 do CC/2002 também viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Como já defendi em trabalho doutrinário, a dignidade humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)²⁵. No caso da previsão de um regime sucessório diverso ao cônjuge e ao companheiro, há afronta tanto à dignidade na vertente do valor intrínseco, quanto à dignidade na vertente da autonomia, sem que haja qualquer valor social ou interesse estatal legítimo nessas limitações. E prossegue: Não bastasse, o art. 1.790 promove uma involução na proteção dos direitos dos companheiros que viola o princípio da vedação ao retrocesso Trata-se de princípio constitucional implícito, extraído dos princípios do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º), que impede a retirada de efetividade das normas constitucionais. Entende-se que a Constituição estabelece para o legislador a obrigação de concretizar, por meio da legislação, os direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional. Como resultado, quando o legislador tenha cumprido tal função, impede-se tanto que (i) possa revogar tais concretizações sem aprovar legislação substitutiva, de modo a aniquilar a proteção constitucional conferida ao direito, quanto que (ii) possa editar legislação substitutiva que limite ou reduza, de forma arbitrária ou desproporcional, o grau de concretização do direito fundamental anteriormente em vigor.

2.5 Princípio da não intervenção

O princípio da não intervenção, materializado no artigo 1513 do Código Civil, segundo o qual é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família, consagra a autonomia privada, princípio basilar do direito privado que tem como matriz a concepção do ser humano capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e com quem ficar, namorar, noivar, constituir união estável, casar, ter ou não filhos.

Dessa forma, não cabe ao Estado (nem a um particular) interferir nas escolhas do indivíduo no que tange a questões familiares.

Conforme visto nesta pesquisa, nem sempre foi assim tratado o instituto da família. Quando se falava em família no pensamento jurídico refletido no Código Civil de 1916, vinha a ideia uma reunião de pessoas unidas pelo vínculo do matrimônio, tendo, ainda, como central a figura do pai. É a herança daquele pensamento totalizante que abordava a família como um instituto sem cuidar dos seus membros individualmente¹⁵, o que motivava inúmeras práticas preconceituosas contra certos tipos de filiação ou outros tipos de arranjos familiares.

Atualmente, pensa-se a família como instrumento essencial ao processo de desenvolvimento psíquico do indivíduo (LACAN, 2002, p. 78).

Como assevera Hironaka (1999, *passim*), mudam os costumes, os homens, a sociedade; apenas uma verdade não se altera: a necessidade do indivíduo de estar inserido no seio de uma família, uma aspiração insubstituível por qualquer outra forma de convivência social.

É relevante considerar que, com o reconhecimento da pluralidade familiar, a Constituição Federal o fez de forma aberta, de modo a contemplar não apenas as formas que ali descritas, mas também novas formas que vierem a aparecer, desde que baseadas na comunhão do amor.

¹⁵A expressão “família eudemonista” é um conceito moderno e amplamente utilizado na moderna doutrina ganhando destaque em inúmeros julgados. Refere à família que busca a realização plena de seus membros, caracterizando-se pela comunhão de afeto recíproco, a consideração e o respeito mútuos entre os membros que a compõe, independente do vínculo biológico.

O artigo 226¹⁶ da atual Constituição abre um leque de possibilidades ao dissociar família e casamento, bem diferente do que se observava na Constituição de 1967¹⁷, por exemplo.

Todo esse cenário veio a ser profundamente alterado com o advento da Constituição Federal de 1988. Em primeiro lugar, o atual perfil da família autoriza concluir que ela se tornou uma instituição verdadeiramente democrática, na qual a preocupação maior é com a felicidade pessoal dos seus membros, com a conquista da sua dignidade, deixando de ser uma entidade estatal e ganha contornos de entidade social (célula básica da sociedade), o que autoriza o exercício da autonomia privada no seu âmago.

Em segundo lugar, a incidência de direitos fundamentais nas relações privadas fez com que a autonomia privada passasse a influenciar fortemente as relações extrapatrimoniais, a exemplo daquelas travadas no âmbito do Direito de Família.

Corroborando com esse posicionamento e resumindo todos os argumentos anteriormente apresentados, Madaleno (2008, p. 62) apregoa:

No Direito de Família sempre incidiu uma maior intervenção do Estado-juiz na dinâmica familiar, impondo freios e restrições nessa liberdade de ação, mirando sempre a defesa da célula familiar, valor maior a justificar a dignidade da pessoa humana. Com o advento da atual Carta Política de 1988, elevando a preocupação com a preservação da dignidade da pessoa humana em detrimento dos interesses patrimoniais das pessoas, na esteira dessa evolução, o Código Civil de 2002 reviu seus conceitos e institutos para a despatrimonialização das relações familiares, passando a valorizar o indivíduo e suas relações jurídicas [...].

Não se deve confundir, porém, essa maior ou menor tutela estatal como fator de limitação da autonomia privada, que vai muito além da questão patrimonial, e da liberdade dos indivíduos.

Dentro de uma família, o regramento da convivência é estabelecido pelos próprios membros e desse aspecto interno exsurtem disposições que farão com que o Estado, assim como a sociedade de forma geral, respeite e reconheça, tanto a família, enquanto unidade, como os seus membros individualmente.

Reformulada e assumindo novo papel, o modelo de família contemporâneo não admite ingerência do Estado, sobretudo no que se refere à liberdade e

¹⁶Artigo 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

¹⁷Artigo 167: A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

intimidade de seus membros. Conforme salienta Fachin (1996, p. 144/145), estamos diante de um notório processo de privatização das relações, no qual deve ser mínima a interferência do Estado no âmbito das relações particulares, e especialmente nas relações de família. É a chamada “desinstitucionalização da família”. Nesse sentido discorre o jurista:

Num mesmo arco, duas pontas de análise ligam o núcleo deste trabalho: de um lado, a denominada privatização do Estado, e de outro, a desinstitucionalização da família. Quanto à primeira, tem-se que a nova vestimenta do liberalismo se mostra, na teoria política, como ífautor do Estado que governe o menos possível ou, como se diz hoje, do estado mínimo (isto é, reduzido ao mínimo necessário). Quanto à segunda, leva-se em conta que a família íperdeu suas funções públicas e passou a ter apenas funções privadas, deixando de ser uma instituição para chegar à informalidade.

A intervenção do Estado terá como única finalidade a tutela da família, dando para isso as necessárias garantias, dentre as quais a de ampla manifestação de vontade e de dar condições para a manutenção do núcleo afetivo entre os membros de uma família.

De tal compreensão depreende-se o papel do Estado como protetor da família, e não interventor na autonomia privada de seus membros.

Dessa forma, procurou a Constituição Federal unir a liberdade do indivíduo à importância da família para a sociedade como um todo, e para o Estado. Os direitos e garantias fundamentais individuais garantem a liberdade do indivíduo também dentro da família, o que por sua vez assegura a sua existência como célula mantenedora de uma sociedade democrática, e isto interessa diretamente ao Estado.

O direito ao planejamento familiar, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, também pode ser citado como um corolário da liberdade no âmbito familiar.

O atual Código Civil, baseado na eticidade, socialidade e operabilidade, também deixou de lado o individualismo e patrimonialismo outrora presente em nossa legislação, e pode-se extrair dele a visão da autonomia privada como princípio fundamental também do direito de família na redação do artigo 1.513, segundo o qual “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Conforme leciona Gustavo Tepedino, o legislador despatrimonializa relações jurídicas ao subordiná-las a valores existenciais, elegendo a dignidade da pessoa

humana como fundamento da República. Dessa forma, o Estado deve proteger a família não apenas em sua esfera patrimonial, o que importa, sobretudo, em respeito à autonomia privada como princípio fundamental.

O grande desafio do direito de família na atualidade é conciliar a autonomia e a liberdade de escolha com os interesses de ordem pública, ponderação esta que acaba por resultar na atuação do Estado apenas como protetor. Esta ponderação deve ser feita através de uma hermenêutica comprometida com os princípios fundamentais do direito de família, dentre os quais inclui-se a autonomia privada, deixando de lado tudo que coloque o indivíduo em posição de indignidade.

Por tal razão, tal princípio deve ser lido com ressalvas, pois em alguns momentos faz-se necessário uma ponderação com outros princípios, como por exemplo o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, e nesse caso poderá haver intervenção estatal com vistas à proteção de um bem maior.

O incentivo ao controle de natalidade e ao planejamento familiar através de políticas públicas implementadas pelo Estado não caracteriza uma violação ao princípio, tendo em vista não se tratar de uma intervenção coativa, mas tão somente de um incentivo, com o claro fim de preservar a vida com o mínimo existencial para garantia da dignidade da pessoa humana.

A parentalidade socioafetiva também pode ser apontada como concretização da relação entre afeto e autonomia privada.

Conforme Cunha Pereira (2006, p. 155),

No seio familiar, são os seus integrantes que devem ditar o regramento próprio da convivência. Desta órbita interna exsurgem disposições que farão com que a sociedade e o Estado respeitem e reconheçam tanto a família, enquanto unidade, como os seus membros individualizadamente.

Reforçando o caráter privado do Direito de Família, Madaleno (2008, P. 9/10) estatui:

Embora o Direito de Família efetivamente contenha preceitos de ordem pública, não se identifica com o Direito Público, tanto que a família, por toda a sua extensa importância social, é vista como a base da sociedade, reclama certa intervenção de natureza institucional, em obediência aos interesses maiores de preservação dos direitos provenientes das relações jurídico-familiares [...]. De qualquer modo a doutrina é praticamente unânime em reconhecer a natureza privada do Direito de Família, especialmente quando cada vez mais a ciência familiarista propugna pela igualdade de exercício dos direitos, e procura conferir maior liberdade e autonomia aos partícipes das relações jurídicas de ordem familiar, como vem acontecendo com as novas conquistas da igualdade dos gêneros, no campo da filiação, nos novos modelos de formação familiar, na maior

liberalidade na disposição de bens, pela possibilidade de alteração dos regimes matrimoniais no curso das núpcias e agora com as separações e divórcios administrativos, realizados por escritura pública.

Como se observa, a grande pauta que se cria é verificar a partir de que momento a intervenção do Estado no Direito de Família é positiva ou negativa. Em outras palavras, há de se indagar: o reconhecimento da autonomia privada nas relações familiares impede a intervenção estatal nesta seara? Em caso negativo, quando é recomendável a interferência estatal no âmbito familiar? Há um critério seguro para resposta a esses questionamentos?

Consequentemente, se partimos da noção de autonomia e liberdade para a constituição e regramento dos arranjos familiares, em situações de conflitos ou disputas, os mesmos princípios devem ser garantidos, instrumentalizando os envolvidos com ferramentas que permitam eles próprios solucionarem as controvérsias, preferencialmente sem a intervenção do Poder Judiciário.

2.6 Princípio do maior interesse da criança e do adolescente

Os artigos 227¹⁸ da Constituição Federal, e 3º¹⁹ e 4º²⁰ do Estatuto da Criança e do Adolescente consubstanciam uma reunião de diversos princípios que a doutrina pátria denomina “melhor ou maior interesse”. Assim também o faz o preâmbulo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20/11/1989, ratificada pelo Brasil em 26/1/1990, através do Decreto Legislativo n. 28, de 14/9/1990, e promulgada pelo Decreto Presidencial n. 99.710, de 21/11/1990, cuja dicção inicial é a seguinte: *“todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou*

¹⁸ Artigo 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹⁹ Artigo 3º: A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

²⁰ Artigo 4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

privadas de bem-estar social, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

Ao reconhecermos tais dispositivos como fonte de princípios, eles guiarão a interpretação do ordenamento jurídico através da atividade judiciária, assim como deverão servir de norte também para a produção legislativa.

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente aparece também na modificação estrutural pela qual passou o direito de família nos últimos tempos, tornando-se fonte da valorização do sujeito e da dignidade dos indivíduos que a compõem e, neste novo quadro, o menor assume destaque no seio familiar, especialmente pelo fato de ainda não ter atingido maturidade suficiente para conduzir a própria vida de forma autônoma.

Passou da posição de objeto, sem ter suas vontades ou desejos acolhidos para a de sujeito de direitos, onde sua vontade, na medida do possível, deve ser considerada.

Temos, porém, um questionamento: como averiguar o conteúdo deste princípio? Afinal, o conceito de melhor interesse é relativo, sofrendo variações de cunho cultural, social ou axiológica. Nem sempre o que um entende por melhor será o entendimento de todos e se adentra em terreno de julgamento moral perigoso.

O que é melhor para o menor? Ficar sob os cuidados paternos? Ou maternos? De terceiro? Ser adotado ou ficar sob os cuidados da família biológica? Conviver com determinadas pessoas ou não? A opinião do que é melhor para o menor será unânime e qualquer que seja o julgador a decisão será a mesma?

Muitos pais dialogam entre si e conseguem resolver os conflitos. Outros necessitam do apoio de um terceiro para resolver a disputa, ajudando os próprios envolvidos a encontrar uma solução eles próprios. Essa possibilidade é a mediação, que trataremos mais adiante, cuja prática vem crescendo no Brasil.

Os princípios, por si só, funcionam como uma espécie de cláusula geral, cujo conteúdo deve ser preenchido em cada caso concreto, possuindo, portanto, conteúdo aberto, e, por isso, o conceito de “Melhor Interesse” também poderá sofrer variações no tempo e no espaço.

Nesse sentido, Tepedino (1992, p. 273) menciona três motivos pelos quais considera que o filho é o alvo da tutela prioritária por parte do ordenamento e protagonista do próprio processo educacional: a) o legislador fixou como critério interpretativo do Estatuto da Criança e do Adolescente a tutela incondicionada da

formação da personalidade do menor, mesmo se em detrimento da vontade dos pais; b) os filhos são chamados a participar com voz ativa na própria educação, de modo que possam opinar sobre os métodos pedagógicos aplicados; c) os pais e educadores são submetidos a um controle ostensivo, de forma a reprimir atos ilícitos e abuso de direito.

A doutrina da proteção integral encontra abrigo no fato de se acharem seus destinatários em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, isto é, em situação de fragilidade e vulnerabilidade, que autoriza (para não dizer exige) a atribuição de um regime especial de proteção, visando sua estruturação enquanto pessoa humana com plenas condições de se autogovernar. Neste sentido, afirma Machado (2003, p. 119):

É esta vulnerabilidade que é a noção distintiva fundamental, sob a ótica do estabelecimento de um sistema especial de proteção, eis que distingue crianças e adolescentes de outros grupos de seres humanos simplesmente diversos da noção de homo medio. É ela, outrossim, que autoriza a aparente quebra do princípio da igualdade: porque são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal.

Assim, o princípio do melhor interesse do menor deve orientar o intérprete para que atribua ao menor, em primeiro lugar, o direito de ter uma família, visto tratar-se de direito fundamental expresso no art. 5º, § 2º da Constituição Federal. Ademais, deve-se analisar, também, o contexto social em que vive o menor envolvido no conflito, de modo a se verificar em que consiste seu real bem-estar.

Dentro da órbita civil, a proteção integral é fundamento para a aplicação do princípio do maior (ou melhor) interesse da criança e do adolescente, e este por sua vez fica explícito no instituto da guarda compartilhada, em que o interesse dos filhos deve ser observado, conforme determinação do artigo 1583, §2º do Código Civil, em nada mais influenciando a culpa de um outro dos genitores pela dissolução do vínculo conjugal, sendo a finalidade precípua no momento de fixação da guarda o atendimento ao melhor interesse do menor.

A solução de conflitos (ou de situações de violação de direitos, de um modo geral) em matéria de infância e juventude, tradicionalmente, sempre ficou a cargo do Poder Judiciário, criando uma cultura de “judicialização” do atendimento que perdura até hoje, talvez ainda reflexo do Código de Menores que não abria muito espaço para outros mecanismos desjudicializados. O Estatuto da Criança e do Adolescente

(Lei nº 8.069/1990), em sua redação original, não deixou explícito o conceito de “desjudicialização” do atendimento (muito menos que esta poderia se dar através da mediação).

Com efeito, foi apenas após as alterações legislativas promovidas pela Lei nº 12.010/2009 e, mais recentemente, pela Lei nº 13.010/2014²¹, que o Estatuto da Criança e do Adolescente passou a prever, de forma mais clara, a necessidade a criação de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, no mesmo sentido do que também prevê a Lei nº 12.594/2012²² (outra norma de referência em matéria de infância e juventude, que instituiu o chamado “Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE”, estabelecendo os parâmetros a serem observados quando do atendimento de adolescentes autores de ato infracional).

Muito embora a mediação não seja a única forma de intervenção em casos semelhantes, ela é, sem dúvida, um importante meio de solução - e em caráter efetivo e definitivo - de conflitos envolvendo crianças e adolescentes, razão pela qual deve ser uma das alternativas a serem instituídas pelo Poder Público, sendo assim colocada à disposição dos órgãos e agentes encarregados do atendimento desta demanda sempre que a situação recomendar.

Interessante observar que, dada amplitude da Lei nº 13.010/2014 (assim como da Lei nº 8.069/1990), a mediação não é cabível apenas em se tratando de conflitos intrafamiliares, mas também em outras situações envolvendo a violação de direitos de crianças e adolescentes de um modo geral, desde que razoável e recomendável sua utilização no caso em concreto. Um bom exemplo disto são as situações de conflito verificadas no âmbito das escolas, seja envolvendo apenas alunos, seja também professores e outros integrantes da comunidade escolar.

²¹O passo mais decisivo no sentido da obrigatoriedade da instituição de tais mecanismos, como parte integrante da “Política de Atendimento à Criança e ao Adolescente”, no entanto, veio apenas com o advento da Lei nº 13.010/2014, que no bojo do art. 70-A por ela incorporado ao Estatuto da Criança e do Adolescente, determinou que, dentre as ações a serem (obrigatoriamente) implementadas pelo Poder Público no sentido de coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, bem como de difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes, deve ser incluído: “o apoio e o incentivo às práticas de resolução pacífica de conflitos que envolvam violência contra a criança e o adolescente” (inciso IV).

²²Neste sentido, dispõe o art. 35, da Lei nº 12.594/2012: Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: I - ...; II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos; III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas; (...) VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida.

Como visto, a mediação de conflitos que envolvem crianças, adolescentes e suas respectivas famílias não apenas é perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, mas é também prevista de maneira implícita ou explícita em algumas das normas específicas aplicáveis à intervenção estatal em matéria de infância e juventude.

Constitui-se numa decorrência natural do reconhecimento da condição da criança e do adolescente como pessoas capazes de exprimir suas vontades e de participar ativamente da solução de situações de conflito que as envolvam.

A utilização deste mecanismo, no entanto, demanda um planejamento específico de ações, assim como de uma habilitação técnica diferenciada daqueles que irão executá-la, devendo o programa ou serviço de mediação passar a integrar a “rede de proteção à criança e ao adolescente” local, articulando ações com seus demais componentes e profissionais que neles atuam.

Afinal, se a ideia é, de fato, desjudicializar e atuar no sentido do “empoderamento” de crianças e adolescentes, como parte de seu preparo para o exercício da cidadania (que como visto é a base do processo educacional), fazendo com que assumam responsabilidades e se transformem nos “protagonistas” de seu próprio destino, investir na mediação parece ser um caminho lógico para fazer com que isto ocorra, criando assim uma nova forma de lidar com os conflitos próprios da juventude - e resolve-los de maneira civilizada e adequada, com enormes benefícios para toda sociedade.

2.7 Princípio da pluralidade de formas de família

Conforme dito no início deste capítulo, a Constituição de 1988 é um marco histórico no reconhecimento do princípio da pluralidade das formas de família, trazendo inovações que rompem com o antigo modelo familiar fundado unicamente no casamento.

Logo em seu preâmbulo, além de instituir o Estado Democrático de Direito, estabelece a Constituição que deve ser assegurado o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade.

Também no artigo 5º, caput, encontra-se o princípio da liberdade, assim como, mais adiante, o artigo 226, §7º (planejamento familiar). Tal princípio vem

alcançando uma dimensão até então inimaginável a ponto de Junqueira considerar que “o direito é colocado no papel de coordenar, organizar e limitar as liberdade, justamente para garantir a liberdade individual” (DIAS, 2007, p. 61).

Rosa Nery (2015, p. 1) aponta que a liberdade para formar família não se padroniza à luz dos olhos do Poder, mas dá sentido ao dever que se impõe ao Estado de resguardar os anseios de um grande projeto de vida privada chamado Família.

Dessa garantia de liberdade e igualdade, sustentadas pelo já mencionado macroprincípio da dignidade da pessoa humana, é que se extrai a necessidade de reconhecimento e aceitação da família plural, mesmo que não regulada constitucionalmente ou de forma infraconstitucional, na ausência de previsão legal.

Qualquer interpretação que se dê à Constituição Federal deve ser no sentido de reconhecimento da pluralidade das formas de família, sob risco de colocar em situação de indignidade os sujeitos da relação que se pretende seja família, razão pela qual a proteção deve abarcar todo grupamento que se autodefinia como família.

Já tratamento anteriormente que outras formas de família sempre existiram (e continuam a existir), mesmo quando o ordenamento pátrio disciplinava apenas a família fundada no casamento; porém o reconhecimento passa a ser de suma importância a partir do momento que o nosso constituinte coloca a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos de nossa República.

Como resultado da diversificação de experiências de vida privada na sociedade, há uma reformulação dos modelos familiares, hoje pautados na tolerância, na solidariedade, e, principalmente, no respeito pelas diferenças.

Com essa nova visão sobre a família, passamos então a ter uma coexistência conflituosa entre conceitos tradicionais, com um saudosismo à estabilidade perdida, e modernidade com seu acelerado processo de reestruturação e apresentação de novas alternativas, por intermédio de constantes reinvenções e alterações do que se entende por vínculo amoroso.

3. A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

3.1 As crises gerais do Poder Judiciário

Muito se discutiu sobre a crise do Judiciário e, de fato, não é tarefa fácil diagnosticar as causas, até porque desperta o interesse de vários segmentos sociais, dos Poderes Executivo e Legislativo, Ordem dos Advogados do Brasil, bem como dos próprios membros do Judiciário.

A promoção dos mecanismos consensuais de resolução de conflitos emerge dentro de debate sobre aumento de litigiosidade, congestionamento do Poder judiciário e questionamento sobre os métodos e práticas até aqui utilizados.

É esse o pano de fundo das reformas processuais e judiciais que surgiram nas últimas décadas.

Sabe-se que a crescente litigiosidade traz graves implicações na prestação da tutela jurisdicional, dentre elas a morosidade dos processos (a qual, por óbvio, não tem como causa apenas o aumento da litigiosidade), causando uma crise no Poder Judiciário, conforme será estudado mais adiante. Mas não é somente isso.

O consenso quanto às causas, consequências e soluções adequadas mostra-se improvável, aumentando ainda mais essa dificuldade.

Várias teses são levantadas sobre o assunto: crise do Estado e da sociedade; má administração e gestão do Judiciário, incluindo a ausência de modernização e o despreparo dos juízes para resolver conflitos numa sociedade cada vez mais complexa; leis processuais inadequadas e até mesmo a legitimidade do Poder Judiciário (TASSINARI, 2013, p. 37).

Sadek (2004, *passim*) escreve que as críticas ao desempenho das instituições incumbidas da distribuição da justiça, não é de hoje, ou seja, acompanham a instalação e o desenvolvimento dessas organizações no país. Há muito se questiona a efetividade do Judiciário, entretanto, nos últimos tempos, “tornou-se dominante a ideia de que essas instituições, além de incapazes de responder à crescente demanda por justiça, tornaram-se anacrônicas e, pior ainda, refratárias a qualquer modificação.

Oliveira Júnior e Baggio (112/113) vão um pouco além e assinalam, dentre outros fatores, as próprias relações sociais, inviabilizando uma discussão

reducionista na medida em que existem intrincados laços políticos, sociológicos, históricos e raízes para bem além do jurídico.

Em síntese, esse aumento no volume de processos é atribuído a uma série de fatores que se situam dentro e fora do Poder Judiciário: conjuntura econômica, expansão de direitos, facilitação de acesso, criação de novas portas, receptividade de teses jurídicas entre outros.

Ao buscar responder sobre as causas e concausas da crescente litigiosidade, além das já mencionadas como a contenciosidade social, bem como a massificação dos conflitos, a parca e insatisfatória divulgação quanto às outras formas de resolução de conflitos, Mancuso (2011, *passim*) apresenta, de forma sistematizada, alguns fatores que entende influenciar no excesso de demandas, a saber, oferta insuficiente de outras alternativas; cultura da sentença e do acesso à justiça tomado a partir do aumento da estrutura já desproporcional dos órgãos do judiciário.

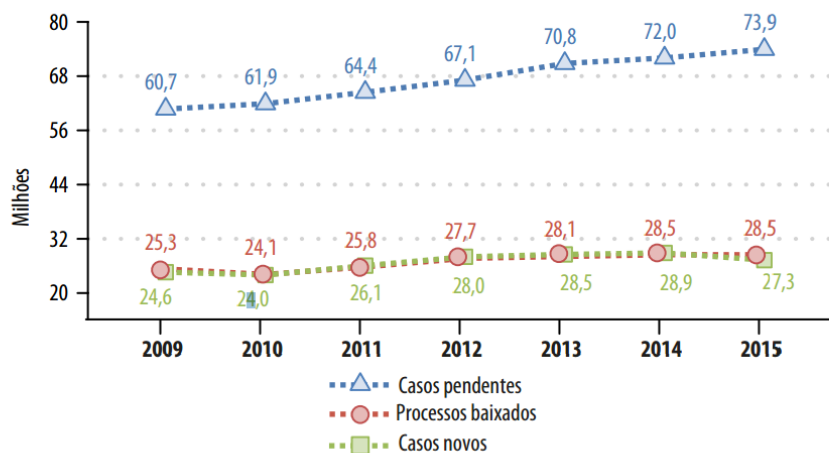
O aumento na demanda por tutela jurisdicional escancarou a inadequação das estruturas judiciárias para absorver e dar respostas adequadas ao crescente volume de demandas ajuizadas anualmente.

Desde a edição da Emenda nº 45/2004, o Conselho Nacional de Justiça vem exercendo importante papel no controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como na divulgação de relatórios estatísticos nos quais é traçado um panorama geral da justiça brasileira.

Dados divulgados no ano de 2014 mostravam que, em 31 de dezembro de 2013, o número de casos pendentes nos tribunais do país (exclui-se da contagem o Supremo Tribunal Federal) estava na casa dos 67 milhões, sendo que naquele ano a distribuição de casos novos batia a marca de 28 milhões.

Se compararmos com a publicação “Justiça em números - 2016”, veremos que em 31 de dezembro de 2015 tínhamos 73,9 milhões de casos pendentes, e 27,3 milhões de casos novos distribuídos naquele ano, conforme gráfico 3.2.4 constante de tal publicação:

Gráfico 3.24 – Série histórica da movimentação processual do Poder Judiciário



Vale ressaltar que, no estudo anual feito pelo CNJ, a produtividade de magistrados e servidores em todo o país cresce a cada ano, dado este altamente positivo, que tem, porém, se mostrado inócuo, se considerarmos que, apesar do aumento constante da produtividade e do número de processos finalizados, a quantidade de casos pendentes também continua a aumentar, assim como a distribuição de casos novos (esta apresentando uma leve queda no último ano, após sucessivos aumentos nos 5 anos anteriores).

Com base em tais dados, fica demonstrado que a denominada crise do judiciário é uma realidade caracterizada pelo acúmulo de um número exorbitante de feitos em trâmite em todos os órgãos que compõem o judiciário em todo o país.

Há ainda uma outra crítica a ser feita: a aferição da produtividade dos magistrados é feita apenas com base em critérios quantitativos, não considerando a natureza e a qualidade das sentenças proferida, observando apenas o aspecto temporal²³.

Ou seja, embora o aumento da produtividade seja um dado positivo, tal aumento não reflete necessariamente um salto qualitativo na prestação jurisdicional.

Tramitando dentro do prazo estabelecido em tais metas, o processo terá sido célere, entretanto, a celeridade é suficiente para satisfação das partes envolvidas?

²³Em 2017, a Meta 2 do CNJ estabeleceu, em âmbito estadual, o julgamento, até o fim do ano, de 80% dos processos distribuídos até 31/12/2014 no primeiro grau, 80% dos processos distribuídos até 31/12/2014 no segundo grau e 100% dos processos distribuídos até 31/12/2014 nos Juizados Especiais e Turmas Recursais.

O processo tem de ser visto como instrumento para a concretização de um direito, e não como um fim em si mesmo, sempre devendo ter, como objetivo último, a pacificação do conflito. Um processo que não atenda essa finalidade instrumental pode ser considerado um nada jurídico.

Um processo extinto que não satisfaz a pretensão da parte poderá dar ensejo à repropositura de outro idêntico, quando admitido, ou até mesmo à propositura de outros processos diferentes relacionados aos mesmos fatos, o que contribui para o já citado aumento do número de casos novos distribuídos a cada ano.

A meta, da forma como traçada, pode até servir de incentivo para que magistrados busquem incessantemente o sentenciamento de feitos, sem que haja a mesma preocupação com a efetividade de suas decisões.

Essa é uma das críticas de Couto e Meyer-Pflug (2013, n.p.)

Não se está a afirmar, a esse propósito, que as metas do CNJ e das corregedorias dos Tribunais são de todo ilegítimas, ou descabidas. Ao contrário, o que se preconiza, em relação ao tema, é que sejam refletidos os critérios que tem em conta apenas a referência quantitativa. Indagar-se-á ainda se estes mesmos critérios, quando aplicados, de fato poderão gerar os resultados esperados. Em outros termos, dever-se-á indagar se as ações propostas implicam em maior qualidade nos julgamentos e, por consequência, em uma maior percepção de Justiça pela sociedade.

Se o número de casos novos distribuídos a cada ano continua a aumentar, a necessidade que se coloca é de combate ao problema em sua origem, devendo em um primeiro momento identificar-se as causas dessa crise, pois a quantidade de feitos em trâmite, objeto do combate pela produtividade e extinção, é consequência, e não causa do problema.

Nesse sentido a lição de Curado Silveira (2015, p. 409):

Diante desse preocupante cenário, o primeiro e essencial passo consiste em tentar compreender (para poder atacar) as causas da litigiosidade, na certeza de que indicarão caminhos corretos para o repensar da “porta de entrada” da justiça. Se é certo que todas as grandes ciências investem, há anos, na prevenção, fortes na máxima de que é melhor prevenir do que remediar, a prevenção de litígios não pode estar longe dos olhos do Judiciário.

Mancuso (2015, p. 58) faz interessante analogia, comparando tal situação a um combate à febre de um paciente através de um medicamento antitérmico. O remédio é ministrado, porém a febre volta a aparecer certo tempo depois; é então ministrada nova dose, a febre novamente some, porém volta a aparecer, e assim

sucessivamente. Isso ocorre porque o médico está tentando resolver o problema através do combate à consequência, que é a febre, sem analisar qual a causa da moléstia.

Isso é o que vem ocorrendo em nosso poder judiciário. Há um combate ostensivo ao número de processos em trâmite (consequência), buscando sempre a redução, mas, afinal, quais são as causas desse número exacerbado?

Com tais premissas, associadas ao direito fundamental de acesso à justiça, é possível afirmar que existe uma propensão em repassar às mãos do Estado a tarefa e a responsabilidade de dirimir todos os conflitos, o que induz (e ao mesmo tempo difunde) a ideia de que “o ajuizamento pronto e imediato de qualquer interesse contrariado ou insatisfeito é *manifestação de cidadania*” (MANCUSO, 2011, p. 53/54).

3.1.1 Identificação das principais causas da crise

Diversos são os fatores que levam ao exorbitante número de feitos em trâmite em todo o judiciário, assim como ao aumento do número de processos novos distribuídos a cada ano, razão pela qual seguindo o referencial teórico adotado de Mancuso (2015) vamos tratar tais fatores como “concausas” da crise, e, diante do tema e finalidade deste trabalho, trataremos de duas dessas concausas especificamente: a cultura da sentença, da litigância, ou da judicialização, e a deficiente divulgação de outros meios de solução de litígios.

3.1.1.1 Causas do aumento da litigiosidade: o movimento de acesso à justiça e a inafastabilidade da jurisdição. Diagnósticos, panorama e reflexões.

O conceito de acesso à justiça sofreu inúmeras e significativas modificações ao longo do tempo, principalmente a partir da metade do século XX. E o que se tem visto são reformas e mais reformas procedimentais que ignoram esse fator determinante.

A judicialização dos conflitos encontra respaldo na garantia constitucional do acesso à justiça, prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Essa cultura da sentença a qual nos referimos, aliada aos instrumentos criados com o intuito de facilitação do acesso à justiça, estão ligados à explosão de uma litigiosidade contida, razão pela qual é importante a esta altura estudarmos um pouco acerca da evolução dessa ideia de acesso à justiça.

No século XVII, especialmente após a teoria da repartição dos poderes de Montesquieu, quando o Estado trouxe para si, de forma exclusiva, a atribuição de resolução dos conflitos, dizendo o direito (e daí o termo jurisdição), e passou a ser o detentor exclusivo do poder de aplica-lo, torna-se importante, para não se dizer essencial, a garantia de que o Estado atenderia todos aqueles que o provocassem em busca de justiça.

Se o Estado impede a autotutela, então não pode deixar de proteger àqueles que necessitem da justiça estatal para satisfação de seu direito, razão pela qual deve ser garantido o acesso à justiça.

Por isso fala-se que a função jurisdicional encerra um “poder-dever” do Estado, pois, se por um lado exerce o “poder” de dizer o direito, por outro lado tal função constitui também um “dever” do Estado.

O conteúdo da garantia do acesso à justiça sofreu alterações no decorrer do tempo, como ensina Cappelletti²⁴ (1988, p. 9).

Nesse primeiro momento histórico analisado pelo autor, estava em voga a chamada primeira geração dos direitos humanos, caracterizada pelas liberdades públicas negativas, com o objetivo de garantir a liberdade do indivíduo frente aos abusos cometidos pelo Estado contra o cidadão.

Sendo objeto de tais direitos a liberdade, fica claro o caráter individualista, não se falando, ao menos nesse momento, em igualdade, ou em prestações positivas, como viria a acontecer em momento posterior.

²⁴“Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, *na prática*. Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.” (Grifos do autor)

Na prática, o exercício do acesso à justiça neste momento histórico ficava restrito àqueles que possuíam a capacidade de identificar uma lesão a um direito seu, bem como capacidade financeira de arcar com o pagamento de um profissional para a defesa em juízo, além das custas processuais.

Posteriormente, nos séculos XIX e XX, surge, através do processo de dinamogênese (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, *passim*), a segunda geração dos direitos fundamentais, a qual, mais do que a liberdade do indivíduo, visava a igualdade entre todos eles, o que pressupõe uma atuação positiva estatal.

Mais do que abster-se de determinados abusos para preservação da liberdade do indivíduo (primeira dimensão), o Estado deveria também atuar mediante prestações positivas, fornecendo-as aos indivíduos, como educação e saúde.

Claro que com isso modificou-se também o conteúdo da garantia do acesso à justiça, pois além da possibilidade do ingresso em juízo, mediante a não obstaculização (primeira geração dos direitos fundamentais), deveria o Estado agora prover de meios necessários aqueles antes excluídos da concepção individualista (prestação positiva típica da segunda geração).

Valor nenhum teria a declaração da existência de determinados direitos sociais, por exemplo, se não houvesse um correspondente instrumento para garantia de efetivação dos mesmos, razão pela qual, conforme já ensinava Bobbio (2004, p.25), mais importante do que fundamentar um direito é protegê-lo, ideia esta reforçada por Cappelletti (1988, p.12), segundo o qual “o acesso à justiça pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Assim, o acesso à justiça deixa de ser um direito individual dos que possuíam discernimento acerca da violação de um direito qualquer, bem como recursos necessários para provocação do Poder Judiciário, para ser uma garantia estendida a todos os cidadãos, como corolário do princípio da igualdade, consistindo no instrumento hábil a reparar qualquer injustiça ou violação de direito.

Como consequência natural da necessidade de atuação positiva do Estado, surgem facilitadores do acesso, dentre os quais podemos mencionar, a título de exemplo, a criação das Defensorias Públicas, a concessão da gratuidade da justiça

àqueles que não tiverem condições de arcar com o pagamento das custas sem prejuízo do próprio sustento e de sua família, e a instalação dos juizados especiais.

Tais instrumentos, aliados à cultura da litigância, acabam por contribuir de forma significativa para o aumento do número de ações propostas.

Mencionados facilitadores permitem que o indivíduo transfira ao Estado a reponsabilidade de dirimir toda e qualquer espécie de conflitos, pretensões, insatisfações e até intolerâncias, transformando o Poder Judiciário, nos dizeres de Mancuso (2015), em um “guichê universal de reclamações”, um receptor imediato de toda sorte de pretensões.

Junte-se a tudo isso a falsa ideia de que o ajuizamento de uma ação é uma manifestação do exercício da cidadania, quando o verdadeiro exercício de cidadania seria ter a consciência e movimentar a máquina estatal somente quando estritamente necessário.

Sob esse aspecto, o direito do acesso à justiça transforma-se, no seio da sociedade, em um dever de acesso, diante dessa falsa impressão de que, se nada feito, estará sendo deixado de lado o exercício da cidadania.

O resultado dessa facilitação é a propositura de ações temerárias, e até a propositura de inúmeras ações individuais idênticas para a defesa de interesses que melhor seriam protegidos se constituíssem objeto de uma ação coletiva.

Há que se fazer uma nova interpretação do conceito de acesso à justiça para que a autonomia privada seja respeitada e incentivada pelo Estado-juiz.

Temos observado que a efetiva e verdadeira reforma eficiente do Poder Judiciário visando a melhoria da prestação dos serviços não se realizará através de um único ângulo, mas, sim, por um ângulo transdisciplinar de modo a atingir uma visão global do problema e da solução.

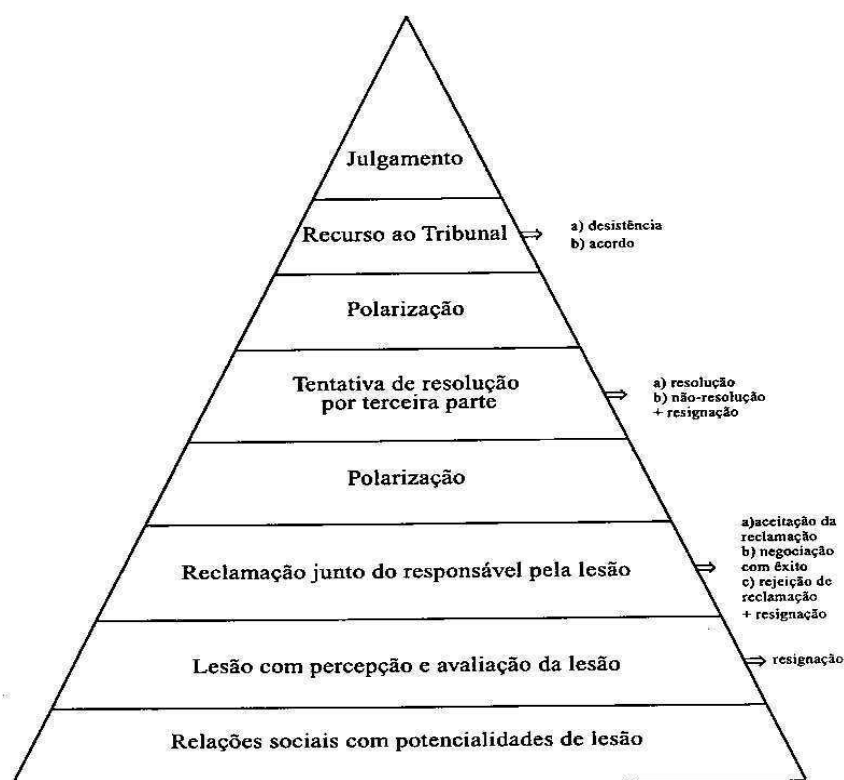
É possível vislumbrarmos que muitas respostas da tão falada “crise” já está dentro do nosso ordenamento, basta a conscientização e uma interpretação contemporânea de conceitos já estabelecidos, como o acesso à justiça e adequação procedimental, além da implementação correta dos métodos autocompositivos, colocando o Poder Judiciário como um dos recursos (e não o principal necessariamente) a ser perseguido para a dissolução de conflitos.

Traçando um estudo sobre a reforma do Poder Judiciário, Ponciano (2009, p. 64/65) aponta o que entende ser as principais causas da crise do Judiciário, a saber: i) condicionantes externas; ii) imagem negativa da instituição; iii) nepotismo;

iv) morosidade; v) ausência de modernização da Justiça; vi) carência quantitativa e qualitativa de recursos humanos (juízes e servidores); vii) deficiência de infraestrutura; viii) autonomia insuficiente; ix) inadequação de rotinas e procedimentos; x) utilização de recursos e incidentes processuais protelatórios que poderiam ser abolidos; xi) ausência de transparência; ausência de democratização do Judiciário; xii) judicialização da política.

Para entendermos melhor a forma como se dá a construção de um litígio e a consequente (ou não) provocação do judiciário, interessante valermos-nos da figura da “pirâmide da litigiosidade” (figura 1), elaborada por Santos, Marques e Pedroso (1995, p. 41):

FIGURA 1
PIRÂMIDE DOS LITÍGIOS E SUA RESOLUÇÃO



De acordo com tal perspectiva, na base da pirâmide encontram-se todas as relações sociais com potencialidade de lesão. Destas, apenas algumas se transformam em efetiva lesão, das quais, por sua vez, apenas algumas serão de conhecimento do lesado, e deste grupo, algumas serão objeto de irresignação por parte do mesmo, e subirão então ao patamar seguinte.

Irresignado, o lesado, ao menos em tese, procuraria o causador do dano, ocasião em que haveria uma primeira oportunidade de negociação, diretamente entre as partes.

Se infrutífera a negociação, passamos a ter uma polarização entre os interesses, e neste momento, o caminho seria a tentativa de resolução do conflito por um terceiro, que poderia ser um mediador ou um conciliador, por exemplo.

Se mais uma vez não houver êxito na negociação, seria então o momento da propositura de uma ação judicial, nada impedindo ainda que as partes se conciliem no curso do processo, ficando reservada a decisão por julgamento apenas aos casos em que não houver composição.

No modelo traçado, cada patamar da pirâmide do litígio funciona como um filtro, a fim de que chegue ao judiciário tão somente aqueles casos em que realmente se faça necessária a intervenção estatal, aplicando-se o antigo brocardo romano de que *de minimis non curat praetor*.

Em uma sociedade na qual predomina a cultura do litígio e o Estado como um guichê universal receptor de reclamações, a divulgação de outros meios de solução dos conflitos é deficiente, ou até mesmo inexistente, e qualquer lesão acompanhada de irresignação, ainda no segundo patamar da pirâmide, é levada diretamente ao judiciário, próximo do topo, sem que haja o filtro do que realmente deveria ser levado ao Estado, a crise numérica é inevitável.

Em síntese: para que o Poder Judiciário saia da incômoda situação em que se encontra, faz-se necessária a implantação de dois tipos de medidas. Medidas de curto prazo, para estancar problemas emergenciais, como reformas judiciais, reestruturação do judiciário e padronização de atendimento e intervenção mais eficiente do Conselho Nacional de Justiça visando a identificação dos gargalos e “excessos” cobrando dos Tribunais Estaduais prazos e alteração procedimental. Lado outro, temos medidas de longo prazo, talvez mais complexas e com efeitos mais demorados: reforma educacional dos cursos de direito; medidas pedagógicas direcionadas à fomentar a cultura da paz, tratando o judiciário como último recurso. Entretanto, isso só será possível por meio da informação e da educação dos cidadãos e principalmente dos profissionais de direito.²⁵

²⁵“Casas da crise do judiciário são muitas, desde o desaparecimento do judiciário, gerando crise na oferta, crise na demanda pelo excesso de conflitos (causados pela introdução de inúmeros direitos contemporâneos, pelo alargamento do acesso à justiça), crise ideológica, causada pela

Nesse mesmo sentido, bem menciona Cintra (2005, p. 113/124): “não se deve mais buscar soluções miraculosas via oferta oficial de institutos julgadores, mas sim envolver a sociedade civil com a co-responsabilidade pela paz e pela justiça com as quais sonhamos.”

Daí o estímulo pela adesão aos métodos autocompositivos, pois, respeitados princípios e limites, eles proporcionam exatamente a pacificação social. Para tanto, temos que buscar uma mudança de paradigma em que o Estado deixa de ser o protagonista do alcance da paz social. Esta sede de pacificação deverá, em primeira instância, emanar da própria vontade da sociedade e da orientação daqueles que a dirigem.

3.1.1.2 A chamada cultura da litigância: uma boa demanda ou um bom acordo?

Temos enraizada em nossa sociedade a chamada cultura da litigiosidade, da litigância, ou, valendo-se do termo utilizado por Watanabe (2011), cultura da sentença.

Nos dizeres de Schnitman (1999, p. 17), essa prática é marcada pela polarização certo/errado, procedente/improcedente, tudo/nada, em contraposição à cultura da pacificação, na qual as partes buscam um ponto médio, um meio termo, a fim de satisfazer o interesse de ambas as partes.

Nos meios em que vigora tal cultura da sentença, todo e qualquer litígio é levado ao judiciário, antes mesmo de qualquer tentativa de solução através de outros meios, autocompositivos, ou mesmo heterocompositivos.

A realidade prática demonstra que todos acreditamos ter razões na defesa de nossas convicções pessoais. O que fazer quando a verdade pessoal é colocada em jogo à procura de uma solução justa? Qual o melhor caminho para a solução do

impermeabilidade às alterações legislativas (necessidade de alteração, instituição de uma mentalidade vigorante nos corpos judiciários). Dentre os remédios possíveis contra a ineficiência do judiciário estão: 1, investimento na estrutura judiciária; 2, estímulo aos meios alternativos de resolução de composição (utilização de arbitragem e conciliação extrajudicial; 3. Utilização de incentivos econômicos (muitas vezes, o processo tradicional não compensa nem financeiramente por seus dispêndios, nem os riscos inerentes a sua propositura, o que leva a conciliação; 4. Reformas legislativas; 5. Especialização dos procedimentos; 6. Especialização dos órgãos judiciários; 6. Positivização do controle de constitucionalidade” (ASSIS, 1994, n.p.).

conflito? Será a cultura do diálogo ou do litígio? O meio adversarial ou autocompositivo?

Parece que não temos dúvidas: o meio mais adequado é aquele construído pelas próprias partes. A melhor solução seria buscada a partir do equilíbrio entre as versões e as ponderações apresentadas por cada um.

Deve haver, e já há fortes sinais nesse sentido, que o Estado se conscientize e transmita esse direcionamento para a população no sentido de que o Judiciário não seja a porta de reclamação em primeira mão. Os cidadãos deverão dispor do método adversarial, mas, ao mesmo tempo, compreender o real significado do termo acesso à justiça, qual seja, a pacificação do conflito, não importando a via de acesso (tradicional ou extrajudicial).

A mediação trará certamente esse recurso e possibilita, a partir de eficiente comunicação e diálogo, que os envolvidos discutam formas de enxergar a realidade a partir de diferentes perspectivas e alcancem acordo satisfatório.

A autocomposição permite que o conflito seja analisado numa perspectiva complexa, aprofundando as posições dos envolvidos evitando a tomada de decisões do tipo “culpado/inocente”, “certo/errado” e por aí vai. As soluções são elaboradas pelas próprias partes, através do fortalecimento e do empoderamento pessoal, com recursos interdisciplinares para se chegar ao consenso.

Esse importante mecanismo colocado à disposição enfatiza a autonomia das partes com flexibilidade e cooperação – características indispensáveis para o êxito desse modelo autocompositivo.

3.1.1.3 Deficiente divulgação de outros meios de composição

É inegável que presenciamos, nos últimos anos, e em especial no Novo Código de Processo Civil, avanços no sentido de prestigiar outros meios de solução de conflitos.

Porém, por outro lado, tais avanços legislativos não se transformaram em efetiva utilização de tais meios, seja pela não disponibilização ao cidadão, seja pela falta de divulgação e incentivo.

A modificação de toda uma cultura já enraizada por certo demandará tempo, além de ser uma tarefa extremamente árdua, razão pela qual a disponibilização, o

incentivo ao uso e a divulgação de outros meios de solução de conflitos deve se dar de forma ostensiva, com exposição dos benefícios.

Sobre essa dificuldade, já lecionava Watanabe (2005, p. 32/33) sobre a formação acadêmica dos operadores do direito voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos por meio do processo judicial, em que é proferida uma sentença que constitui a solução imperativa dada pelo Estado:

Lamentavelmente, no Brasil, as tentativas de busca de novas alternativas esbarram em vários obstáculos – dos quais os mais sérios são o imobilismo e a estrutura mental marcada pelo excessivo conservadorismo, que se traduz no apego irracional às fórmulas do passado, de um lado, e à inexistência, por outro, de qualquer pesquisa interdisciplinar sobre os conflitos de interesses e as demandas (no sentido de ações ajuizadas), suas causas, seus modos de solução ou acomodação, os obstáculos ao acesso à justiça e vários outros aspectos que propiciem o melhor entendimento da realidade social por parte dos responsáveis pela melhor organização da Justiça.

Lembrando que uma das hipóteses deste trabalho parte da premissa de que deve existir uma relação equilibrada e complementar entre o processo judicial clássico e a mediação criando um círculo virtuoso entre o Judiciário e as formas alternativas de solução de conflitos.²⁶

Sendo assim, os métodos alternativos de solução de conflitos e o processo judicial devem ser encarados como dois tipos de processos instrumentais e complementares, sem hierarquia ou prevalência, cada um servindo a uma finalidade específica, colocados à disposição da pacificação social. Six (2001, p. 167) já alertava para a necessidade de uma teoria geral do processo até para se definir parâmetros de trabalho na mediação, evitando o risco de sua banalização e risco de descrédito na sua utilização.

Com base nesse pensamento, a forma como os núcleos de mediação instalados dentro dos CEJUSCs são divulgados à comunidade é equivocada. Da forma como se implementou a estrutura, acaba sendo vista como uma justiça de segunda classe, sendo considerada apenas uma forma de contenção dos casos que chegam ao Judiciário, que se dedicaria dessa forma apenas aos casos mais importante.

²⁶Partindo desta premissa de cooperação entre o Judiciário e os meios alternativos e considerando o importante apoio conferido pelo Judiciário e a estes meios de solução de conflitos, vide pesquisa Sobre Mediação e Judiciário em GABBAY, Daniela Monteiro.

Brazil (2000, p. 38) destaca que apenas os índices de acordo e de redução de demandas são utilizados para medir o sucesso dos meios alternativos. A mensagem que automaticamente se cria é que o Judiciário não quer que os litigantes e advogados o incomodem e sobrecarreguem com casos que poderiam ser enviados aos programas de meios alternativos.

Esse risco de se criar uma justiça de segunda classe (e também transmitir a imagem) é antigo e já tinha sido ventilado desde a época da criação dos Juizados de Pequenas Causas. Falava-se que os juizados serviriam para pequenos créditos, além daquela estrutura servir para causas mais simples e menores, deixando para os juízes a atuação nas grandes causas (FAISTING, 1999, p. 54).

Portanto, o que se pretende afirmar é que ao se divulgar eficazmente a mediação ou outros métodos alternativos, o Poder Judiciário deve ter a cautelar de que não seja considerada ou divulgada uma ideia de que é uma porta lateral ou secundária de acesso à justiça. Ou conforme já foi dito, a institucionalização plena da mediação deve contar com a confiança das partes e com suporte, inclusive orçamentário, do Judiciário. É comum nos sites dos Tribunais Estaduais ou do próprio Conselho Nacional de justiça a divulgação dos CEJUSCs tomando como base a gratuidade e os índices de acordo. Equivocada essa forma publicização!²⁷

Primeiro, há que se refletir que o discurso de rapidez versus morosidade pela mediação não pode se esquecer que quando se abre uma nova porta aos conflitos, esta porta não é apenas de saída, mas também de entrada, que podem gerar ou estimular um aumento de demandas (litigiosidade contida), tornando igualmente morosa a mediação (o que não deve ser avaliado como algo essencialmente negativo).

É um erro, portanto, divulgar rapidez ou maior celeridade da mediação para estimular a população a utilizar de métodos alternativos de solução de conflitos como remédio à crise do Judiciário. Watanabe (2001, p. 45/46) já salientava esse

²⁷ Cf informação no site do Tribunal de Justiça de São Paulo. O Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania Central (Cejusc) realizou, no último dia 26, o **7º Mutirão Cohab – 2017**, em pareceria com a Procuradoria do Município de São Paulo. A iniciativa contou com parceria de órgãos municipais para regularizar contratos e recuperar créditos de moradia popular na cidade. O mutirão ocorreu no posto do Cejusc instalado em prédio da Secretária Municipal de Negócios Jurídicos. Ao todo, 92 pessoas foram convidadas para renegociar seus débitos e 52 compareceram. Em 49 sessões houve acordo e duas precisaram ser resignadas para nova data. Com isso, o índice de conciliações atingiu 98%, movimentando R\$ 366 mil. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=49035>>. Acesso em 18.dez.2017.

receio, refletindo o temor que a mediação pudesse ter o mesmo destino dos Juizados Especiais, atualmente igualmente assoberbados de serviços.

Um método não deve ser utilizado para corrigir distorções do outro. Ambos caminham conjuntamente e devem ser pensados de forma cooperativa.

São caminhos complementares atuando em harmonia. Há casos que não devem ser levados à mediação; outros dependem essencialmente da mediação. Tendo ambos o mesmo *status* e sendo portas possíveis de acesso, a população confiará na solução dada e no caminho a ser seguido. A triagem, nesse sentido, é um ponto sensível, pois uma boa seleção trará mais segurança de que o caminho escolhido é o correto. Infelizmente, não há atualmente uma normatização de critérios de triagem dos conflitos que vão para a mediação. Quem a realiza, indica e encaminha segundo os seus parâmetros pessoais.

Importante analisarmos, nesse momento, quais as reais vantagens de se buscar uma solução através da mediação e, a partir dessa reflexão, quais as vantagens práticas para incluir a mediação dentro do sistema jurídico brasileiro? E, para finalizar, por que o Judiciário não assume o papel protagonista de institucionalizar efetivamente a mediação a partir do seu marco geral (Lei nº 13.140/2015) designando recursos próprios (orçamento específico) para alocá-los nos CEJUSCs (atualmente, os CEJUSCs são instalados com base em parcerias firmadas com instituições particulares, sem ônus ou custo para o Tribunal de Justiça)?

3.2 O sistema multiportas e a política de resolução adequada de conflitos: programas de incentivo à autocomposição: maior atenção à triagem. Desafios e limites.

Temos, atualmente, consciência plena dos fatores que levaram à crise que afeta a nossa Justiça: morosidade, efetividade e adequação de suas soluções.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não significa um mero acesso formal aos órgãos judiciários.

Assegura ele um acesso “qualificado” à justiça que permita que o jurisdicionado obtenha tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada. E sem a

inclusão dos chamados meios consensuais de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação, não teremos um verdadeiro acesso à justiça.

É importante salientar que os meios consensuais de solução de conflitos não devem ser utilizados com o objetivo primordial de se solucionar a crise de morosidade da justiça e sim como uma forma de dar às partes uma solução mais adequada e justa aos seus conflitos de interesses.

Caberá ao cidadão, dentro do sistema multiportas, verificar a melhor opção para a resolução adequada de conflitos. O importante é que esse sistema garanta opções mais humanizadoras para determinados conflitos, entre eles os familiares, conferindo acesso qualificado e democrático à Justiça.

Mas, na prática, como vem acontecendo atualmente? De que forma o “sistema multiportas” se instrumentaliza? Como são feitos os encaminhamentos para sessões de mediação nos CEJUSCs?

Não há uma normatização de critérios para a triagem de conflitos que são levados à mediação. Simples formulários de requerimento e solicitação de mediação são disponibilizados aos cidadãos quando o comparecimento é espontâneo e pré-processual. O funcionário que a realiza utiliza seus próprios critérios (falaremos mais adiante do assunto) gerando insegurança e desinformação aos envolvidos e, ainda, riscos à qualidade da mediação, pois nem todos os conflitos são passíveis de mediação.

Há necessidade de adoção, por um órgão do Poder Judiciário que tenha atribuição para isto, que em nosso sentir é o Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, 4, no II, cc. art. 37, caput, da Constituição Federal), de uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estimulando e mesmo induzindo uma ampla utilização, em nível nacional, dos meios consensuais de solução de conflitos.

Caberia a esse órgão pensar na institucionalização, em caráter permanente, não somente da estrutura dos CEJUSCs, mas também da capacitação dos funcionários e operadores do direito que integram a sua estrutura.

Da forma como hoje é feita a mediação e instalado o CEJUSC, está tudo muito solto. É sabido que são várias experiências existentes em andamento perante os Tribunais Estaduais que vêm colhendo resultados importantes. Mas há, por outro lado, um grande risco de falta de um mínimo de uniformidade na prática dos meios consensuais de solução de conflitos.

3.3 A mediação sob a ótica da proteção efetiva das Famílias

A mediação assume corpo e importância no âmbito do Direito de Família, mais do que qualquer outro tipo de situação jurídica. Afinal, são conflitos relacionais de trato continuado envolvendo conflitos parentais, conjugais e convivenciais. Logicamente, a intervenção deve ser a mais humanizada possível e, nesse caso, a autocomposição se apresenta como a metodologia mais adequada.

Fachin (2015, p. 226) assinala que a mediação, como método de intervenção e conflitos, compre com a missão de não somente proporcionar novos significantes para os mediados, mas também auxiliá-los para novos significados.

As transformações sociais ocorridas, com amplos reflexos no direito de família, fizeram surgir determinadas categorias de demandas, como já exposto acima, que o tempo nos revelou ser o Poder Judiciário incapaz de absorver e dirimir.

Assim, com base na experiência estrangeira, principalmente Estados Unidos e França, os métodos alternativos ganharam ênfase. No Brasil, a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça serviu para prever a instalação de Centros Judiciários de solução de Conflitos e Cidadania, bem como a formação de mediadores e conciliadores. Em 2015, duas leis foram aprovadas e deram amplo destaque à mediação como forma de acesso à justiça: Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil) e Lei 13.140/2015 (Mediação). A primeira prevê, por exemplo, mediação nas ações de família antes do oferecimento de defesa do réu, sendo certo que a metodologia e princípios da mediação são pautados pela segunda lei.

A mediação pretende que as parte envolvidas adotem uma postura de resolução de acordo. Constitui processo que pretende esclarecer os problemas existentes. A mediação familiar é o espaço em que as partes verbalizam, num face a face, sem outra testemunha, expõem o conflito e, assim, tomam consciência de seu mecanismo e do que está em jogo. É também lugar de expressão das emoções, que têm tão pouco tempo e lugar na Justiça.

Warat nos ensina que a mediação mais adequada não é outra senão a pautada pela alteridade, em estar atento ao outro no âmbito dos relacionamentos. Ou, na expressão de Daniele, a mediação é, portanto, trabalho sobre o reconhecimento e a reabilitação do outro: ela opera então um fenômeno de “conversão” dos estados de espírito ao escutar as vivências e os sofrimentos do

outro, a raiva decai, a confiança tem possibilidade de ser restaurada (GANANCIA, 2001, p. 7/15).

Para tanto, a mediação tem como grande trunfo a restauração (ou até criação) do diálogo, propiciando uma paz duradoura.

Logo, com a mediação, abre-se a possibilidade de transformar a população, tornando-a apta a se autorreger com base nas técnicas de autoconhecimento. Dessa forma, entende-se que pessoas que se relacionam com as demais através do diálogo são emancipadas e detentoras de autonomia crítica.

Alguns doutrinadores estrangeiros, a exemplo de Daniele Ganancia, Jean-François Six e Claude de Doncker, sustentam que a mediação deve ser vista como um princípio a ser seguido.

Aliás, é possível defendermos a ideia de que a mediação já é trazida desde a Constituição Federal de 1988, ainda que de maneira implícita, na medida em que se assegura, dentro do preâmbulo²⁸, a solução pacífica de conflitos.

Nesta busca, neste ideal a ser seguido, encontra-se a mediação como forma de pacificação da sociedade. Partimos da ideia segundo a qual o preâmbulo da Constituição carrega em si mesmo um norte daquilo que se almeja, bem como os princípios, implícitos ou expressos, a serem utilizados na execução desses objetivos – elementos que não pode ser desconsiderado – reforçando o caráter principiológico da mediação familiar.

O presente estudo parte da ideia central de que o preâmbulo da Constituição traz uma direção daquilo que se pretende seguir, o que não pode ser desprezado pelo operador do direito.

Nessa nova orientação da teoria constitucional, os princípios assumiram um *status* de norma jurídica, em oposição a um viés apenas valorativo, de modo a irradiar efeitos no centro do sistema. Contemporaneamente, os princípios estão na fase Juspositivista, em que são transformados em base normativa sobre a qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais, transformando-se em fonte primária do direito (Bonavides, 2001, p. 232-238).

²⁸Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Já se sedimentou atualmente a compreensão no sentido de que normas são o gênero e se dividem em regras e princípios.

Barroso e Barcellos (2006, p. 339/340) salientam

o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade de condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto.

Lôbo (2009, p. 67) salienta que existem princípios expressos ou implícito e cita como exemplo o princípio da afetividade como exemplo de derivação implícita da Constituição Federal:

Os implícitos podem derivar da interpretação do sistema constitucional adotado ou podem brotar da interpretação harmonizada de normas constitucionais específicas.

Sem a pretensão de esgotar um assunto tão vasto ou a dispersão de ideias, quer-se aqui concluir, com base no que foi assinalado, que a solução pacífica de conflitos é um mandamento informador e uma forma de interpretar corretamente as regras.

Isso implica considerar que a solução pacífica serve também para que, na esfera executiva e legislativa, sirva como uma direção na adoção de políticas públicas, facilitando e criando procedimentos de resolução de conflitos pelo método não-adversarial.

Os efeitos deletérios de uma disputa familiar são notórios irradiando efeitos para além das famílias envolvidas, atingindo até mesmo os integrantes de uma comunidade, envolvendo todas as autoridades e de todas as instâncias.

Resulta que a mediação familiar encontra, com base no que ficou salientado, fundamento dentro dos princípios informadores da Constituição brasileira, a saber, dignidade da pessoa humana, solidariedade, proteção da família e solução pacífica de conflitos.

É a preservação das relações familiares que faz a mediação a escolha mais adequada para as relações continuadas no tempo, com foco no futuro. O alcance social é imenso e auxilia na criação de um cenário mais favorável para a convivência e diálogo, assim como favorece o crescimento dos próprios sujeitos em formação – criança e adolescente inclusive. A partir dessa ideia central, o esvaziamento de conflitos futuros e a prevenção de demandas judiciais são consequências naturais.

Em resumo, a família contemporânea, de caráter eudemonista, deve ser o palco para a realização de seus componentes, desenvolvendo a personalidade daqueles que a compõem, garantindo-lhes a tutela, com base em premissas constitucionais, de todas as garantias e recursos capazes de enfrentar problemas e desafios que se apresentem.

O eudemonismo pode ser visto com um pensamento ou um sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. Nossa CF, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF, desloca a proteção da instituição para a pessoa ou os membros que compõem a coletividade: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.

A mediação familiar, nesse contexto, não somente assegura a tutela da família, como representa, ela própria, o modelo adequado de enfrentamento desses problemas que se colocam na realidade prática.

Quanto maior for a abrangência e alcance da mediação familiar, melhor a eficácia dos resultados. Lembrando que casos práticos que surgiram no cenário jurídico, por exemplo, como a guarda compartilhada²⁹ dificilmente seria aplicado sem a mediação.

Tomemos o exemplo da importância da mediação nos processos de divórcio.

A vivência do processo da separação conjugal pode ser dividida em fases, não se caracterizando apenas como o momento de separação, mas sendo um processo que começa bem antes da decisão de separar-se do outro, como é possível encontrar em Kaslow e Shwartz (1995).

Florence Kaslow nos ensina que as pessoas se casam e se divorciam financeiramente (ao dividir economias e bens); fisicamente (ao compartilhar espaços e convivências); socialmente (porque os vínculos se tornam comuns) e emocionalmente (porque constroem em conjunto o projeto de família).

Assinala Kaslow que esses “diferentes casamentos” se formam e se rompem em momentos distintos. Conclusão: a falta de sintonia propicia desentendimento a níveis não administráveis.

A mediação, através de terceiro que convide à pacificação, possibilita que os atores envolvidos mantenham-se protagonistas do futuro de suas vidas.

²⁹Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008.

Quando se aborda a importância da mediação nos conflitos familiares, não o divórcio meramente jurídico ou legal que tratamos, mas sim do processo de separar-se emocional e psiquicamente do outro. Serpa (1999) denomina esse processo de divórcio psíquico.

O denominado divórcio psíquico coroa a separação, e é caracterizado por sentimentos de aceitação, em primeiro lugar. Logo em seguida, dá-se a reconstrução da autoconfiança, nova energização, autovalia, completude e, principalmente independência e autonomia. É o recomeço de uma nova vida, porque o divórcio é interrupção de todos os planos e realizações dos cônjuges. Significa a frustração de todas as expectativas anteriores, o que vale dizer, a morte. (SERPA, 1999, p. 379)

3.4 Mediação: definição a partir de modelos teóricos. Conciliar ou mediar?

Não há consenso acerca da definição de mediação, existindo variações conforme o enfoque maior dado em uma ou outra característica a partir das Escolas que veremos a seguir, bem como conforme o ordenamento jurídico em que inserido o instituto.

Para se entender a mediação, é importante refletirmos sobre o conflito a partir de outras bases. No Direito Processual Civil, como esclarece Dinamarco (2013, p. 120/121), o conflito pode ser conceituado como “a situação existente entre duas ou mais pessoas ou grupos, caracterizado pela pretensão a um bem ou situação da vida e impossibilidade de obtê-lo”.

As formas autocompositivas são, por excelência, processos dialéticos³⁰.

O CPC, em seu artigo 165, §2º e 3º, distingue conciliação e mediação e é recomendável que assim o faça. O CPC sugere conciliação para conflitos que envolvem relações ocasionais, sem qualquer elemento de convivência ou intimidade dos envolvidos (artigo 165, §2º). Para esses casos, o CPC indica conciliador para resolver conflitos.

O CPC recomenda mediação para os casos que envolvam relações continuadas, exatamente como ocorre nos vínculos familiares. São casos mais

³⁰A dialética é o diálogo entre posições contrárias. É clássica a filosofia dialética de Hegel cujo foco é a contraposição e contradição de ideias que levam a outras ideias a partir da superação das duas, que é a resolução do conflito.

complexos, de difícil solução justamente porque a relação se mantém no tempo e é preciso cuidar do futuro dos envolvidos.

Na prática, Ozório Nunes considera que “a mediação é o melhor meio para ser aplicado, pois é mais transformador, gera uma maior satisfação nas partes e contribui para a pacificação social.”

Na famosa obra *Getting to Yes*, os autores fornecem os subsídios para uma negociação satisfatória (FISHER, URY. PATTON; 1991; p. 13). Em primeiro lugar, é preciso separar as pessoas do problema. Também é necessário, em um procedimento de mediação, focar nos interesses e não nas posições. O interesse é o que motiva as pessoas e normalmente está oculto sob a posição (FISHER, URY, PATTON; 1991; p. 23/24). Ou seja, a posição é o que uma pessoa decidiu, enquanto o interesse é o que a motivou a tomar aquela decisão. Desta forma, o real problema não está no conflito de posições, mas no conflito entre os desejos, necessidades e temores de cada um.

Para a identificação dos interesses existem inúmeras técnicas, as quais, não obstante sejam muito relevantes, extrapolam o objeto deste estudo.

A Lei de Mediação, por sua vez, menciona, sem ressalvas, a mediação para todos os casos, indistintamente a ponto de parte da doutrina³¹ atualmente considerar a conciliação como modelo de “mediação avaliativa” em contraponto à “mediação facilitativa” que busca, a partir do diálogo, melhorar a comunicação e pacificar o conflito.

Este modelo de avaliação deve ser visto com cuidado para não evitarmos contaminar o resultado da mediação, nem mitigar a autodeterminação e protagonismo dos envolvidos. Aliás, recomenda-se que o mediador não emita juízo de valor para não comprometer sua imparcialidade.

Para uma análise acerca dos elementos que a compõem, interessante trabalharmos com alguns desses conceitos.

Quirosa (1999, p. 21), a respeito do conceito de mediação, no direito argentino, assim se expressa:

³¹“Mediação avaliativa é vista como meio de solução de conflitos em que o terceiro imparcial pode ser chamado pelas partes a opinar; em tal vertente, o mediador usa estratégias e técnicas para avaliar o que é importante na discussão e, se entender que as partes precisam de uma orientação qualificada, pode elaborar, sugerir e dirigir a solução dos problemas, avaliando as fraquezas e as forças de cada caso” (SALES, 2011, p. 20/32).

Mediación es una negociación colaborativa, asistida por un tercero neutral. También puede decirse que la mediación es un procedimiento no adversarial, en que un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas.

Como se nota, a autora coloca em destaque a presença de um terceiro, a sua neutralidade, e a atuação colaborativa, sempre no intuito de que as partes em contenda solucionem o conflito de interesses de uma forma satisfatória para ambos os lados.

O mediador, assim, nada decide. Ao contrário, por ser a mediação método não-adversarial, o mediador colabora, assiste as partes, a fim de que as mesmas entrem em acordo. São as próprias partes que, cada uma valorando a sua posição, chegam a uma composição que satisfaça a pretensão de ambas.

Haynes (1995, p. 11), conceitua a mediação como

un proceso en virtud del cual un tercero, el mediador, ayuda a los participantes en una situación conflictiva a su resolución, que se expresa en un acuerdo consistente en una solución mutuamente aceptable y estructurada de manera que permita, de ser necesario, la continuidad de las relaciones entre las personas involucradas em el conflicto.

Conforme se observa, mencionado autor também traz a figura do mediador como um terceiro que ajuda, auxilia, as partes, a fim de que estas, por si só, cheguem à solução que atenda mutuamente seus interesses e permitam, acima de tudo, a continuidade das relações interpessoais entre os envolvidos.

Ribeiro (2002, p. 38), doutrinadora portuguesa, traz o seguinte conceito:

A Mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, informal, confidencial, voluntária e de natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um Mediador a encontrarem, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe.

Também no direito português, Bandeira (2002, p. 116) nos brinda com o seguinte conceito:

A Mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de natureza privada, informal, confidencial, não adversarial, voluntário e de natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um Mediador que apenas assume o encargo de as aproximar, de as ajudar a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que entre elas emergiu. A mediação é uma realidade multidisciplinar, reunindo, nos seus princípios, conhecimentos a vários níveis, de Direito, Psicologia, Sociologia, no fundo de todas as ciências sociais e humanas, daí ser a Mediação tão rica e eficaz na resolução de litígios, e, por causa disso, acolhida já por inúmeros ordenamentos jurídicos.

Interessante, neste último, a menção expressa à multidisciplinariedade, reunindo-se na mediação conceitos de áreas diversas do conhecimento, como Direito, Psicologia e Sociologia, dentre outras.

Highton e Álvarez (1998, p. 1), assim se manifestam:

La mediación es un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable. Constituye un esfuerzo estructurado para facilitar la comunicación entre los contrarios, con lo que las partes pueden voluntariamente evitar el sometimiento a un largo proceso judicial - con el desgaste económico y emocional que éste conlleva - pudiendo acordar una solución para su problema en forma rápida, económica y cordial.

Por fim, Caivano, Gobbi e Padilla (1997, p. 209-210), ao discorrerem sobre o conceito de mediação, afirmam que esta se caracteriza

[...] sencillamente como una 'negociacion asistida'. Com algo más de detalle podríamos describirla como un método de gestión de conflictos en el que uno o más terceros imparciales asisten a las partes para que éstas intenten un acuerdo recíprocamente aceptable. Al carecer de autoridad para dirimir la controversia, el mediador debe aplicar una serie de técnicas destinadas a superar las barreras de comunicación".

Neste último conceito, menciona-se a possibilidade de aplicação de uma série de técnicas distintas para que se atinja o escopo maior da mediação, qual seja, a solução do conflito, técnicas estas sobre as quais falaremos mais adiante.

Nesse passo, pode-se afirmar que a mediação é um modelo de autocomposição que coloca as pessoas envolvidas em condições de igualdade e buscando solucionar seus próprios conflitos (empoderamento) a partir da comunicação auxiliada por um terceiro isento que atua como facilitador. O objetivo principal é o restabelecimento do diálogo, na busca, se possível, da forma mais adequada da solução de conflitos utilizando, se o caso, técnicas interdisciplinares. Assim, seu objetivo maior não é necessariamente o acordo, mas a busca do elo quebrado entre as partes. Sales (2011, p. 48) acrescenta que “a mediação requer a discussão sobre as posições, interesses e valores envolvidos e, a partir da ressignificação desses valores, permite a construção participativa do consenso.”

Sua utilização proporciona aos participantes a possibilidade de serem ouvidos e de ouvir o que o outro tem a dizer, num ambiente equilibrado e com respeito, buscando através do diálogo questões que muitas vezes ficam ocultas em um processo judicial.

Difere da conciliação, por exemplo, na medida em que nesta o acordo é o objetivo precípuo; ao passo que na mediação o foco é a autonomia das partes para que estas decidam livremente o rumo de suas vidas.

Existem algumas características marcantes da mediação, independente do modelo teórico, com base nas definições propostas acima, a saber: a) é um mecanismo de solução de conflitos; b) presença de terceiro imparcial; c) auxílio das partes envolvidas numa disputa a encontrarem sua própria solução; d) ambiente de confidencialidade, boa-fé e vontade.

Em razão dessa forma de abordagem dos conflitos, as pessoas envolvidas nesse processo devem apresentar plenas condições de decisão sobre a disputa existente que propicie a responsável e consciente tomada de decisões.

A partir do delineamento desses elementos considerados essenciais, alguns objetivos e técnicas variáveis complementam o perfil ou formato da mediação de acordo o modelo teórico seguido (que veremos adiante).

Merece destaque o artigo 2º da “Lei de Mediação” que conceitua a mediação como o “processo conduzido por terceiro imparcial, com o objetivo de auxiliar as partes a identificar ou desenvolver soluções consensuais”. Em sintonia com o NCPD, a Lei nº 13.140/2015 encampa dentro da definição de mediação o **princípio da imparcialidade do mediador**, estabelecendo no parágrafo único do artigo 5º que o terceiro tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito.

Todavia, merece destaque que o legislador cuidou de enfatizar a exigência de imparcialidade na condução do procedimento, embora o conteúdo desta exigência tenha permanecido sem definição normativa.

Ou seja, um significante-chave do conceito legislado de mediação carece de significado unívoco e facilmente identificável. Consequentemente, cumprirá aos cursos de formação de mediadores, à jurisprudência dos tribunais e aos círculos universitários encontrar uma definição razoável do que se entende por imparcialidade.

No Brasil, a conciliação possui regramento antigo e remonta a época imperial (através da primeira Constituição Imperial Brasileira (1824), que a conciliação ganhou status constitucional, trazendo em seu artigo 161, o seguinte texto: “Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação não se

começara processo algum”). Já a mediação ganhou papel de destaque apenas recentemente, com a edição da Resolução nº 125 do CNJ e, logo em seguida, com a Lei nº 13.140/2015, definindo o marco geral da mediação.

Fácil é entender que a mediação tem como foco principal a análise do conflito e, objetivamente, a sua transformação a partir do conflito. Entre esses dois aspectos, coexiste o terceiro facilitador que promoverá o diálogo entre os envolvidos.

Esta discussão não é meramente conceitual. Sua utilidade reside na questão de acesso à justiça e, no limite, à própria discussão do que é justiça, pois não se ignora que o Estado brasileiro enfrenta duramente o debate sobre eficiência e funcionalidade. A percepção geral do brasileiro sobre o poder judiciário é negativa, pois falha na sua missão pacificadora por fatores já tratados no início desse capítulo³².

Portanto, duas conclusões ficam muito evidentes. Se a autotutela é vedada por lei, sendo proibida sua prática, a heterocomposição praticada pelo Estado carece de confiança, ampliando a discussão da necessidade de abertura de novas portas do Estado para, em última instância, exercerem a cidadania. É neste panorama que retoma à cena a mediação.

Segundo Haynes (1995, *al passim*), para entendermos a mediação, precisamos conhecer algumas premissas, dentre as quais cita o autor: a) Todo o conflito é saudável, mas o conflito não resolvido torna-se um perigo pela dinâmica de mudanças; b) As disputas resolvidas na mediação são atuais e não questões do passado, estas devem ser resolvidas com terapia; c) Quase todos os que participam de mediação visam o acordo, não realizado ainda por falta de interesse ou de conhecimento; d) A mediação normalmente tem êxito quando as partes possuem algum vínculo posterior a mediação; e) Se aceitaram a mediação é porque estão dispostas a resolver o conflito; f) Mediado deve transmitir a neutralidade, sigilo e transparência; g) Busca, pelo mediador, de algo sublime no interior de cada pessoa que participa do processo de mediação.

Diante dos conceitos extraídos, e das características enunciadas, quais as vantagens que se pode obter da utilização de tal meio não-adversarial de resolução de conflitos? É o que analisaremos mais adiante.

³²Confira o levantamento feito em: BRASIL. Manual de Mediação Judicial. Conselho Nacional de Justiça. Ministério da Justiça. 4ª edição. 2013, p. 28.

3.4.1 Objeto da mediação

A mediação é reconhecida como instrumento hábil para solucionar uma vasta gama de conflitos; alguns de conteúdo simples, outros mais complexos, daí porque Acland (1993, p. 7) a conceitua como “a chave- inglesa dos meios autocompositivos.”

O nosso legislador também reconhece a amplitude e flexibilidade, tanto que no artigo 3º da Lei de Mediação estipular que *“pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”*.

Ozório Nunes (2016, p. 67) salienta que os direitos disponíveis são aqueles referentes aos direitos patrimoniais, sobre os quais as pessoas podem deles dispor e transacionar livremente. Esses direitos são amplos e abrangem uma enormidade de conflitos (relações cíveis, comerciais, empresariais entre tantas outras) ficando excluídas as relações de trabalho (artigo 42, Lei de Mediação).

Já os direitos disponíveis que admitem transação, são aqueles, como afirma Ozório Nunes, que envolvem regulamentação de guarda de filhos, alimentos, divórcio, investigação de paternidade e tantas outras questões de família em que a lei permite transação, divisão de responsabilidades entre outros.

Vale considerar que o NCPC estipular a mediação compulsória no caso de litígio coletivo sobre posse de imóvel³³ e nas ações de família³⁴.

Portanto, não estamos diante de mera faculdade do julgador ou de opção das partes. A mediação será obrigatória nestas duas últimas hipóteses.

Como se verifica, o legislador foi sensível às importantes questões familiares ou que versem sobre posse de imóvel de cunho coletivo. Aliás, nas ações de família, é necessário contar com equipe multidisciplinar justamente por envolver relações continuadas destacando a importância de se dar uma maior atenção ao tema,

³³No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º.

³⁴Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

permitindo uma maior análise dos conflitos através de ângulos diferentes e abordando adequadamente os problemas.

Vale lembrar que o ideal é que o conflito seja resolvido de forma ampla, mas a lei autoriza que a mediação verse sobre todo ou apenas parte dele. Sabemos que, em muitos casos, há situações nas quais seria virtualmente impossível o restabelecimento da paz completa. Por outro lado, é possível que a pacificação seja buscada a partir de acordos parciais e de forma gradual, num passo a passo e dando tempo ao tempo.

3.5 A mediação e o direito comparado: visão geral

Nas últimas décadas, a mediação, como meio de solução de conflitos, ganhou importante formatação metodológica e estrutural, o que vem possibilitando sua crescente utilização na pacificação de litígios, reais e em potencial.

Considerando que a regulamentação no direito brasileiro é recente, precisamos encontrar parâmetros no direito comparado a partir dos primeiros registros desta prática.

O pioneirismo norte-americano influenciou outros regulamentos, tamanho o sucesso obtido a partir de resultados. Ensina Serpa (1999, p. 21-23) que os primeiros estudos sobre mediação em conflitos familiares realizaram-se nos Estados Unidos na década de 1970, com o escopo de encontrar soluções mais adequadas para os casos de separação e divórcio, que aumentavam vertiginosamente.

A tese de doutoramento de Gabay (2011) “Mediação e Judiciário” aprofundou os estudos do modelo norte-americano. Salienta que em discurso de Frank Sander (1979, p. 65/87) publicado no artigo “Variety of Dispute Processing, ele vislumbrou um centro de solução de conflitos onde a parte interessada poderia acessar vários canais (mediação, arbitragem, dentre outros). Já naquela época surgiu a ideia de divórcio multidimensional, trazida pelo que necessita do auxílio de diversas ciências além da jurídica, multidisciplinariedade que será objeto de estudo em tópico específico, no capítulo subsequente.

Após a fase embrionária, o foco de experimentação foi substituído pela efetiva institucionalização dos métodos alternativos de solução de conflitos, inclusive no âmbito do poder Judiciário através de promulgação do Alternative Dispute

Resolution Act de 1998, determinando que todas as Instâncias Judiciais criassem seus próprios ADR com base em regras locais.

Na Europa, o primeiro país a instituir a prática de mediação foi o Reino Unido, que criou, em 1976, em Bristol, o primeiro Centro de Mediação Familiar, que se estendeu a todo o país.

A partir da década de 80, diversos países europeus criaram serviços de mediação familiar, dentre os quais podemos citar França, Áustria, Alemanha, Bélgica, Finlândia, Itália, Polônia, Espanha, Eslovênia, Noruega e Suécia.

Em alguns países, a mediação é realizada no curso da demanda ou de forma preparatória, antes do ajuizamento da ação. Alguns países criaram verdadeiras câmeras de mediação, sem vínculo com o Poder Judiciário, sendo a utilização feita a critério das partes. Temos, ainda, a forma voluntária e obrigatória de mediação prévia que também, a partir de nossas pesquisas, foram encontradas no direito comparado.

No direito comparado³⁵, o modo como foi regulamentada a mediação encontra diferentes acepções. Em alguns casos, como, por exemplo, na Bélgica, França, Portugal e Alemanha, a mediação ocorre dentro ou fora do processo judicial, mas sempre com o acordo das partes. Logo, se não há anuência, os casos seguem o trâmite do processo judicial. Em Portugal, Espanha e Itália, a mediação pode ocorrer **através de organismos públicos ou privados** devidamente inscritos no **cadastro dos órgãos de mediação** mantidos pelo Ministério da Justiça. Na Suécia chama a atenção que são os serviços sociais o setor encarregado de formular e conduzir mediação familiar, sem vínculo com o Poder Judiciário. Os tribunais também têm a responsabilidade de tentar primeiro chegar a um acordo consensual entre os pais. Também no Reino Unido, a mediação é voluntária e realizada por entidade não-governamental atuando nacionalmente.

Consideramos que o ambiente externo para realização da mediação é um facilitador do êxito na solução do conflito, com um mediador que se coloca entre as partes, no mesmo patamar, livre de valores subjetivos. Por tal razão, nos parece inviável tentar conciliar a postura de um magistrado e de um mediador na mesma

³⁵<https://e-justice.europa.eu/content_crossborder_family_mediation-372-fr-en.do?member=1>. Acesso em 18.dez.2017.

pessoa, nem de tentar utilizar dos mesmo órgãos que compõem a estrutura do Judiciário para mediar conflitos.

Na Itália, a mediação familiar de caráter patrimonial é obrigatória, mantendo-se a voluntariedade em relação às demais questões de família. . Nos processos de guarda da criança, o tribunal pode adiar o julgamento para que os cônjuges, com a ajuda de especialistas, possam tentar a mediação para chegar a um acordo.

Na Argentina, por exemplo, instituiu-se, com a lei 24.573, a obrigatoriedade da mediação prévia. É interessante observar, porém, que, nada obstante a previsão de obrigatoriedade na legislação federal, a Constituição da Cidade Autônoma de Buenos Aires, no seu art. 106, declara a mediação, em qualquer das suas formas, como voluntária.

Essa exigência de tentativa prévia de mediação obrigatória muito se aproxima daquela que chegou a ser implementada em nosso sistema nas causas trabalhistas, como já salientamos no início deste capítulo,. com a previsão de que as causas de tal natureza, antes de serem submetidas ao Poder Judiciário, deveriam passar pelas Comissões de Conciliação Prévia.

Há, porém, alguns pontos a aprimorar no sistema argentino, e o principal deles é que, *ab initio*, o procedimento da mediação obrigatória não se aplica nas causas penais, ações de separação e divórcio, nulidade de matrimônio, filiação e pátrio poder, com exceção das questões patrimoniais derivadas destas (DINIZ, 2012, p. 2).

No Brasil, a partir da Lei nº 13.140/2015, podemos afirmar que: i. a mediação é voluntária, judicial ou extrajudicial; ii. A mediação judicial pode ocorrer antes ou depois de ajuizada a ação, sempre dentro da estrutura do CEJUSC; iii. A mediação extrajudicial, geralmente regulamentada em contrato, pode ser realizada por qualquer profissional, independente de prévia capacitação em curso de mediação, sem passar pelo crivo do Poder Judiciário; iv O mediador serve como facilitador do diálogo, sem poder decisório, sendo que a solução do conflito é feita pelas próprias partes; v. O mediador judicial é profissional multidisciplinar, porém designado pelo juiz Coordenador do CEJUSC mediante prévia capacitação.

É importante que se diga que há uma nova ideologia, um novo jeito de compreender o processo civil a partir do NCPC.

As diretrizes traçadas pelo novo Código de Processo Civil (CPC - Lei 13105, de 16 de março de 2015) refletem uma preocupação contemporânea voltada à

remoção de entraves ou empecilhos prejudiciais à efetividade da jurisdição e à adequada solução dos conflitos de interesses instalados no seio social, ventilando a primazia do consenso na resolução das controvérsias.

Quando conjugamos a Lei de Mediação e o NCPC (artigo 334), temos a primeira impressão de que a mediação judicial foi pensada para servir como obstáculo ao exercício legítimo do direito de ação, atendendo aos propósitos de celeridade do Judiciário – beneficiado com o filtro de admissibilidade das demandas recém-instituído – e aos litigantes de má-fé interessados na procrastinação do julgamento da lide.

Todavia, a verdade é que o NCPC introduziu no sistema jurídico uma espécie de obrigatoriedade mitigada para o processo de mediação, i.e., uma obrigatoriedade presumida e que somente pode ser elidida por meio da anuência concreta dos litigantes.

Por outro lado, ao estabelecer a regulamentação da mediação extrajudicial, inclusive ao estabelecer a ela prazos e penalidades (artigo 22 da Lei de Mediação), acreditamos que sua institucionalização foi além do esperado.

Aparentemente, essa regra da penalização já nasce enquanto “letra morta” na Lei da Mediação, especialmente no seu campo extrajudicial, quando são as partes, por sua própria autonomia e interesse privado, que a procuram, visando compor suas controvérsias ou obter auxílio ao diálogo, de maneira reservada. Qual o sentido de estabelecer uma punição ou prazos a serem cumpridos, quando são as partes que, por autonomia, farão essas escolhas livremente?

É importante frisar que o estímulo à maior efetividade da mediação não deve ocorrer mediante o sacrifício de preceitos fundamentais (a voluntariedade é uma característica essencial da mediação) ou em face de uma burocratização estatal maior. A mediação não irá servir de instrumento para resolver a morosidade processual e desafogar os tribunais pátrios. O objetivo da mediação é a pacificação dos conflitos por meio do diálogo e da retomada da comunicação entre os envolvidos e não dar agilidade à obtenção de soluções.

3.6 Vantagens da mediação

Inúmeras são as vantagens da utilização deste instituto, podendo ser citadas a rapidez, a economia e a informalidade, mas talvez a mais importante de todas seja

o grau de satisfação atingido pelas partes envolvidas, que saem com a convicção de realização da justiça em um sistema onde todos saem ganhando (ganha-ganha, em contraposição ao ganha-perde dos processos judiciais).

A utilização da mediação vem sendo buscada e incentivada por diferentes áreas do saber que não o Direito, como por exemplo a Psicologia, porém, em razão de uma questão cultural, um instituto ganha força somente após ser tratado por legislação.

Por meio de programas, tanto de instituições privadas como públicas, alguns financiados pelo governo e outros mediante pagamento dos usuários, a mediação vem crescendo no Brasil nas duas últimas décadas.

Aplicação prática dessa tendência de buscar-se a conciliação com a intervenção de um terceiro, que não um magistrado, pode ser observada com a criação dos Juizados Especiais Cíveis, pela Lei 9.099/90, com a restrição da competência dos juizados em razão da matéria e do valor.

Pouco depois, a lei 9.307/96, conhecida como Lei de Arbitragem, ampliou a abertura da própria legislação para meios extrajudiciais de solução de conflitos.

Após a edição de mencionado diploma, assistimos à instauração de Câmaras de Conciliação, Mediação e Arbitragem no país, e uma difusão da conciliação e da arbitragem como meios de se revolver questões litigiosas sem a utilização da estrutura e da autoridade do Poder Judiciário, com a característica de que essas Câmaras, ainda hoje, sejam mais utilizadas para questões contratuais e empresariais e não para questões familiares.

Em 2010, tivemos a publicação da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, que institucionalizou a “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no Âmbito do Poder Judiciário.”

A mediação, comumente, é definida como um meio alternativo de solução de conflitos.

Criticamos veementemente o termo “meio alternativo”, já que o mesmo traz uma ideia de secundariedade em relação a outro meio, este principal.

Conforme defendido neste trabalho, a solução dos conflitos advinda das próprias partes deve ser buscada de forma antecedente, precedendo a busca do Judiciário, esta sim uma alternativa para resolução de conflitos que as partes não conseguiram obter com a utilização de outros meios.

Também foi utilizada, por muito tempo, a expressão “meio extrajudicial de solução de conflitos”. Hoje este termo também não se mostra adequado.

Com a Resolução 125 do CNJ, em 2010, o sentido mudou vez que o Poder Judiciário absorveu e institucionalizou a utilização da mediação e da conciliação e, portanto, elas passam a ser alternativas à sentença judicial, porém não mais ao Poder Judiciário.

Partindo-se então da ideia de mediação como um meio de resolução de conflitos, cabe então uma reflexão das razões que levam uma pessoa a se comprometer a estabelecer um diálogo com alguém que diverge de suas proposições em sede de mediação de conflitos.

E, ainda, se a função do mediador de conflitos é a busca da justiça, a consecução do direito ou a pacificação social?

Em um primeiro momento, devemos partir do pensamento que os conflitos são inerentes à vida humana, e possuem caráter subjetivo, advindos de reações interpessoais, não existindo qualquer espécie de conflito que não possua essa natureza relacional.

O método utilizado na resolução de conflitos não trabalha com verdades absolutas ou razões pré-concebidas, aceitando, outrossim, a natureza relacional dos conflitos e a complexidade de fenômenos interpessoais.

Ao invés da solução através de sentenças proferidas (impostas) por um magistrado que naquele momento é um terceiro estranho à relação, a mediação busca estimular as partes a fim de que encontrem suas próprias decisões.

A neutralidade do mediador é vista como uma das maiores de suas qualidades, sendo esperado que o mediador permaneça distante do conflito, sem nenhum tipo de envolvimento pessoal com o mesmo.

Evidentemente, na prática uma neutralidade absoluta do mediador pode ser utópica, pois estamos diante de um ser humano, e assim como o conflito nasce de relações interpessoais, o liame que se estabelece entre as partes do conflito originário e o mediador também não deixa de ser uma relação, sujeita à interferência de sentimentos, valores e ideais já pré-existentes, ainda que de forma inconsciente, no íntimo do mediador.

Para os adeptos da perspectiva construcionista³⁶, que entende ser o mundo construído a partir das relações sociais, o mediador acaba por fazer parte da relação que se estabelece entre os mediados, e, na condução da mediação, suas posturas e questionamentos podem vir a interferir na forma como é desenvolvida, assim como no comportamento dos mediados, porém, no entendimento de tal corrente, o importante é que o mediador tenha plena consciência de suas crenças, valores, emoções e afetações durante a mediação e, a partir de uma autorreflexão constante, não permita que aquilo que vem de seu interior prevaleça sobre os interesses dos mediados na condução da mediação.

Essa reflexão constante fará com que o mediador, embora possua suas crenças e valores, mantenha conduta neutra perante a solução do conflito.

Sob o aspecto de que não se coloca ao lado do interesse de nenhuma das partes envolvidas, o mediador mantém sua imparcialidade, porém há quem defenda que o adequado seria uma chamada multiparcialidade, na qual, sem adotar uma postura de julgamento, o mediador legitima os fatos narrados e a lógica daqueles que expõem suas razões.

Ao adotar tal postura de multiparcialidade, o mediador torna-se mais propenso a ouvir a forma que cada uma das partes mediadas se vê dentro de sua história, além de criar um ambiente favorável à solução do conflito, através da empatia, que favorece a percepção da mediação como um modelo diferenciado de resolução dos conflitos através do diálogo.

Em sendo assim, ocorre uma circularização de percepções e informações, por meio do diálogo estabelecido, dando a oportunidade das partes de se ouvirem umas às outras, o que por vezes não ocorre no momento anterior à mediação. Quando passam então a ouvir, há a mencionada circularização de percepções e informações, as quais até então não eram de seu conhecimento. Evidente que esse ar de novidade não significa que aquilo nunca foi dito, mas sim que nunca foi ouvido de forma legitimada.

Todas essas posturas que embasam o conceito de mediação propiciam a reflexão sobre a tomada de consciência das pessoas sobre suas próprias questões relacionais e lhes dá condições de fazerem suas escolhas de forma voluntária e

³⁶Segundo Gergen (1985, p. 266/275), os estudos sócio-construcionistas focam-se nos processos cotidianos, ou seja, como as pessoas falam, percebem e experienciam o mundo em que vivem. A postura básica desta perspectiva é ser crítica à naturalização dos fenômenos sociais.

consciente, e esse tipo de escolha é que faz com que a mediação atinja seu grande objetivo, de real pacificação do conflito.

Um acordo celebrado através de mediação tem muito mais propensão a ser adimplido se comparado a um acordo judicial, pois, na mediação, foram as próprias partes que o construíram e chegaram à solução, através das já mencionadas escolhas conscientes e voluntárias, que garantem a efetividade, ao contrário de um acordo quase que imposto por um terceiro.

Para responder ao primeiro ponto, talvez a solução se encontre na própria comunicação, elemento essencial num método não-adversarial de solução de conflitos e é partir do filósofo Jurgen Habermas que nos orienta e nos traz as bases para explicar porque duas pessoas orientam suas ações individuais para buscar em um terceiro o restabelecimento do diálogo. A eleição do agir comunicativo de Habermas na mediação (que veremos com mais profundidade no capítulo três) nos conduz à reflexão de que a modernidade e a juridificação das relações humanas nos conduziram para uma construção compartilhada pelo diálogo.

Em relação ao segundo tópico desse capítulo, identificamos que a mediação deve buscar uma situação de diálogo que, eventualmente, alcance a solução dos conflitos. Aliás, nisso reside o perigo da mediação e do mediador, porque, sendo o mediador a pessoa que intermediará as ações individuais, não seria recomendável que estes vínculos fossem formados a partir da validade social com base no ambiente e no meio em que os envolvidos vivem e não a partir da norma jurídica.

Ainda que os envolvidos não cheguem a um acordo, tal situação também pode ser vista como uma escolha consciente, das limitações para a solução e da necessidade de buscar outras formas de tratar o conflito.

A mediação possui ainda um caráter nitidamente pedagógico para aqueles que dela participam, ao ponto em que as pessoas que passam pela mediação tendem a se relacionar melhor com seus conflitos, a conversar, a ouvir, aplicando as ferramentas utilizadas na solução daquele conflito para outras relações interpessoais.

A partir de então, temos a possibilidade de trazer para as relações sociais a escuta do outro, a tomada de consciência da responsabilidade de cada um sobre o conflito e sobre a relação, e a condição de resolver o conflito por meio de uma conversa colaborativa.

Esse é o chamado efeito multiplicador, que pode nos levar a uma cultura de paz, em contraposição à cultura de litigância analisada em tópicos anteriores neste trabalho.

Sendo a mediação uma prática relativamente nova, com embasamento teórico oriundo de diversas áreas do saber, necessário que trabalhemos constantemente com a interdisciplinariedade, e, embora possamos tratar um perfil geral do mediador, há características específicas para cada tipo de conflito, de acordo com sua natureza, o que será abordado de forma minuciosa mais adiante.

Por ora, tracemos alguns dos principais modelos de mediação.

3.7 A mediação extrajudicial: limites e aspectos práticos nos conflitos familiares

A legislação brasileira prevê várias formas de mediação como a extrajudicial, pré-processual, processual e on-line.

Os artigos 21 a 23 da Lei de Mediação tratam da mediação extrajudicial que é aquela privada, fora do âmbito e controle do Poder Judiciário e CEJUSC e realizada por Câmaras Privadas. A Lei expressamente excluiu a mediação nas relações de trabalho (artigo 42, LM) em razão das peculiaridades da relação jurídica.

O tema é igualmente disciplinado através do Provimento do Conselho superior da Magistratura nº 2.348/2016 e Resolução nº 125, do CNJ.³⁷

Nela não há a presença obrigatória de advogado (artigo 10) e, uma vez exitosa a sessão de mediação, o conflito não é recepcionado pela Justiça, pois o caso é encerrado e arquivado na própria Câmara. O artigo 39³⁸ do Provimento do CSM nº 2.348/2016 apenas faculta à Câmara Privada a remessa do acordo feito pelo mediador para homologação, mas mesmo assim não há compulsoriedade na providência.

³⁷ Art. 12-C. As Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação ou órgãos semelhantes, bem como seus mediadores e conciliadores, para que possam realizar sessões de mediação ou conciliação incidentes a processo judicial, devem ser cadastradas no tribunal respectivo (art.167 do Novo Código de Processo Civil) ou no Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, ficando sujeitas aos termos desta Resolução.

³⁸ Artigo 39. As composições extrajudiciais lavradas perante as câmaras de conciliação e mediação privadas credenciadas no Tribunal de Justiça poderão ser remetidas por via eletrônica ao juízo competente para homologação judicial e registro da decisão.

A regulamentação da mediação privada foi vista com bons olhos por parte dos operadores de direito. Evidente que traz inúmeras vantagens, que já foram tratados aqui neste capítulo, permitindo aos cidadãos mais autonomia, diálogo, rapidez e economia em prol de uma cultura de paz.

Inicia-se o procedimento com um convite³⁹, de forma simples, sem grandes formalidades. Ozório Nunes (2016, p 75) lembra que “a sutileza da lei ao falar de convite tem sentido. A forma inicial de comunicação pode agravar e potencializar o conflito.”

A realização das mediações extrajudiciais poderá ter início por duas razões: (a) uma das partes tem interesse em sua realização e convida a outra à mediação; ou (b) por existir entre as partes cláusula contratual específica previamente quanto à obrigatoriedade de se tentar a autocomposição por mediação em caso de conflito.

Existindo previsão contratual de mediação, o próprio contrato deverá estabelecer os critérios de escolha do mediador (art. 22, III). Necessário ressaltar que a outra parte não está obrigada a escolher um dos nomes sugeridos na lista, sendo-lhe possibilitado sugerir outros nomes para que, juntas, as duas partes elejam o melhor facilitador (CAHALI, 2015, p. 108). Veja-se que os artigos 12 e 25 da Lei nº 13.140/2015 proíbem a escolha do mediador que irá atuar no processo de mediação judicial, ao contrário do que dispõe o artigo 168, §§ 1º e 2º, do NCPC.

Lembramos que o êxito da mediação depende da relação de empatia e confiabilidade estabelecida entre as partes e o mediador de modo que a antinomia existente entre as leis se resolve pelo próprio espírito norteador da mediação, que é a autonomia e a não-obrigatoriedade de regras na condução dos trabalhos, portanto, deve ser mantida a regra prevista no NCPC em detrimento da lei especial posterior.

Não havendo resposta ao convite formulado no prazo de 30 dias de seu recebimento, considerar-se-á este recusado (art. 21, parágrafo único). Isto ensejará sanção à parte que se escusou da mediação, ainda que ela seja vencedora no processo judicial, sendo condenada ao pagamento de 50% das custas e honorários de sucumbência (art. 22, § 2º, IV), uma vez que o comparecimento à primeira reunião é obrigatório.

³⁹Art. 21. O convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião.

Diferentemente do que expõe a Lei quanto aos mediadores judiciais, que deverão ser pessoas cadastradas junto aos Tribunais para realização da mediação (obedecendo a alguns requisitos – art. 11), na mediação privada não há limitação quanto à figura do mediador, podendo ele ser qualquer pessoa (ou grupo), desde que as partes nele confiem para a resolução do conflito. Não há a necessidade de que o mediador escolhido seja inscrito em qualquer tipo de conselho (CREA, OAB, Creci, etc.) Ozório Nunes acrescenta que há méritos nessa opção do legislador, pois faculta a mais pessoas o acesso à mediação, muito embora, é importante frisar, traga riscos enormes à capacitação do profissional.

Cumprir alertar que os honorários do mediador são devidos, e que na mediação extrajudicial os custos ficarão a cargo daquele que teve a iniciativa da mediação (CAHALI, 2015, p. 105). Podemos concluir, a partir do artigo 22, III da Lei de Mediação, que a lei buscou estimular as pessoas para a mediação a partir das custas do processo quando as partes envolvidas aceitaram fazer a mediação no momento da celebração do contrato.

Vale salientar que a lei, ao estimular as cláusulas contratuais de mediação (LM 2º, §1º e 22 e ss), buscou apenas auxiliar à construção de uma cultura maior de autocomposição. Talvez este tenha sido o espírito da lei. Significa apenas que a cláusula de mediação impõe que as partes contratantes busquem a mediação em um primeiro momento. Não quer, obviamente, obrigar as partes a chegar ao acordo e nem permanecer no processo de mediação indefinidamente. E, ainda, a lei ressalva a cláusula de mediação obrigatória nas hipóteses de urgência em que o acesso ao judiciário seja necessário (LM 23).

Dentro do espírito da ampla autonomia e liberdade, o artigo 22 da LM estipula como ocorrerá a mediação, local, escolha do mediador, modelo e procedimento e a lei fornece outros itens complementares na hipótese em que o contrato é omissivo a respeito.

A disposição prevista no art. 4º, § 2º, de gratuidade da mediação aos necessitados deverá ser compreendida como pertencente à mediação judicial (CAHALI, 2015, p. 105), não havendo como se imaginar que uma instituição particular, ao ser procurada para uma mediação privada, seja obrigada a trabalhar sem a remuneração devida.

Em relação à participação de advogado, não há obrigatoriedade de acompanhamento das partes por advogado. Caso uma delas opte por estar

assistida, contudo, necessário será que a outra também esteja, sendo conferido o tratamento isonômico às partes, uma das bases da mediação. Nesta hipótese, a reunião será suspensa até que ambas as partes estejam devidamente assistidas (art. 10, parágrafo único).

A preocupação foi a de que todos tenham as mesmas oportunidades assegurando o legislador um equilíbrio das partes.

Havendo disposição na Lei de Mediação de que o termo final constitui título executivo, desnecessária seria a assinatura de duas testemunhas. Tal pensamento pode ser corroborado pelo princípio da confidencialidade existente na mediação, evitando-se que mais pessoas tenham acesso aos termos do acordo firmado entre as partes (artigo 20, LM). Vale lembrar que a Lei de Mediação é posterior e especial em relação ao NCPC e, portanto, não prevalece a aplicação irrestrita do artigo 784 que estatui que “será título executivo extrajudicial o instrumento de transação homologado por conciliador/mediador credenciado por tribunal,” A aplicação deste artigo ficaria, portanto, limitada à mediação judicial, sem alcance nas mediações extrajudiciais por estar disciplinada em legislação especial e regulamentos posteriores.

Por fim, na hipótese de se atingir o acordo, o termo de encerramento da mediação será considerado, para todos os fins, título executivo extrajudicial (art. 20, parágrafo único) ou judicial, caso seja homologado judicialmente (em casos de direitos indisponíveis, mas transacionáveis).

3.8 Alguns modelos teóricos possíveis

Existem diversas abordagens para a prática da mediação, embasadas em perspectivas teóricas diferentes, que se distinguem pela maneira como concebem a linguagem, a compreensão do conflito, o papel do mediador e a maneira de condução da mediação.

A importância da apresentação de alguns desses modelos reside na demonstração de que há uma pluralidade de possibilidades de solução de conflitos através da mediação.

Em razão de tal pluralidade, os modelos apresentados não constituem um rol fechado, mas meramente exemplificativo, a partir dos quais podem surgir tantos

outros, não havendo necessidade de se encaixar em um dos modelos a seguir mencionados.

A ênfase na obtenção do acordo e os objetivos perseguidos na mediação permitem apontar diferenças específicas de estilos e técnicas. Não se pode falar em modelo único e muito menos em modelo certo ou errado, havendo várias divergências entre os estudiosos do tema sobre as principais características da mediação.

3.8.1 Modelo tradicional de Harvard

Desenvolvida no programa de Negociação de Harvard, o modelo concebido por Roger Fish, William Ury e Bruce Patton⁴⁰, tem sua base na comunicação entre os envolvidos. Na pertinente observação de Riskin (1996, p. 13/14), enquanto o método adversarial entende que a negociação é de alcance limitado, na abordagem não adversarial, a abordagem procura trazer à luz os interesses subjacentes das partes.

Através desse método, cada mediado traz sua versão dos fatos e é ouvido pela outra parte do conflito, assumindo o mediador o papel de facilitador dos espaços de diálogo, sempre procurando minimizar as diferenças que surgirem.

O modelo de mediação desenvolvido em Harvard introduz a negociação cooperativa por um terceiro que auxilia as partes a descobrirem seus interesses e integrarem-nos em soluções de ganhos recíprocos.

O modelo de Harvard desenvolve a negociação através do conhecido caso da divisão da fruta. Se usarmos o modelo distributivo convencional, quando da divisão do bolo entre dois filhos que a disputam, o pai diz: um corta o outro escolhe a fruta. Nesse caso, os envolvidos distribuem ganhos e perdas para buscar um meio-termo. Mas a partir do modelo integrativo de negociação (feito a partir do Programa de Harvard), quando duas pessoas brigam pela mesma fruta, mas enquanto um quer a casca para fazer o bolo, a outra quer o interior da fruta para fazer o suco. Nesse caso, se a fruta fosse dividida em duas partes, as duas pessoas perderiam,

⁴⁰Em 1979, Fisher co-fundou o Harvard Negotiation Project com Ury e Bruce Patton. A missão da HNP era "melhorar a teoria e a prática da resolução e negociação de conflitos, trabalhando na intervenção de conflitos do mundo real, construção de teoria, educação e treinamento, e escrita e divulgação de novas idéias". Fonte: <<https://today.law.harvard.edu/roger-fisher-1922-2012/>> Acesso em 16.dez.2017.

mas se fossem levados em consideração suas pretensões legítimas, ambas estariam totalmente satisfeitas.

O exemplo tradicionalmente colocado acima explica em parte o êxito desse modelo, mas, por outro lado, não dá explicações satisfatórias quando o conflito ou é oculto por trás de afetos/desafetos ou quando a pretensão dos envolvidos chocam-se frontalmente (e se desejassem a mesma parte da fruta?).

No modelo de Harvard, é possível destacar, ainda, a “técnica do texto único” (FISHER, URY, PATTON; 1991; p. 133/137) como contribuição à mediação, que permite deslocar as discussões das partes das posições previamente assumidas para os reais interesses que desejam satisfazer. Esse método pode auxiliar a solução de determinados conflitos familiares, mas as relações contínuas, de trato futuro (paterno-filial, por exemplo) encontram alguns obstáculos através da utilização desse método. A principal crítica formulada ao modelo de Harvard consiste exatamente na desconsideração dos aspectos subjetivos dos conflitos.

Esse modelo de negociação deu origem ao livro “*Getting to Yes: negotiating agreement without giving in*”. A partir dessa obra, formularam-se quatro orientações centrais, a saber: i. separar as pessoas do problema; ii. Focalizar nos interesses em jogo, não na posição das partes; iii. Inventar opções de ganho mútuo; iv. Insistir em critérios objetivos.⁴¹

Trabalha-se nesse modelo a chamada causalidade simples, ou linear, em oposição à causalidade circular, não havendo espaço para a história remota do conflito ou para situações mais complexas que possam tê-lo gerado, assumindo o conflito como consequência de uma relação de causa e efeito.

Em razão da adoção da causalidade linear, esse modelo não trabalha a relação entre as partes, nem os conflitos subjacentes, mas tão somente o acordo acerca do cerne do conflito posto.

A principal crítica que se faz em relação ao modelo de Harvard se dá em razão de sua exagerada ênfase nos acordos, sem se preocupar com a causa subjacente. Todavia, consideram os críticos, a mediação deve ser centrada justamente no conflito e não no acordo. É nisso que difere o modelo de Harvard em

⁴¹O passo a passo sobre cada uma das orientações pode ser constatado em FISHER, URY, PATTON, 1991, p. 15-94.

relação às demais Escolas que consideram a obtenção do acordo como consequência secundária do processo de mediação e não seu objetivo principal.

Justamente por isso, é um modelo mais adequado para situações em que o conflito não possua questões relacionais importantes, como os originados em relações comerciais, não sendo recomendado para questões de família, em que as questões relacionais muitas vezes são muito mais complexas do que o conflito em si conforme posto.

3.8.2 Modelo Transformativo

Desenvolvido por Bush e Folger (2005, p. 13/14), a partir das observações do Modelo Tradicional trabalhado em Harvard, analisado anteriormente. Bush e Folger tratam a mediação transformativa com base no empoderamento das partes (empowering dimension) e do reconhecimento do problema do outro (recognition dimension), tendo como base transformar o conflito a partir de uma perspectiva negativa pra uma perspectiva positiva e construtiva, fazendo com que os envolvidos se tornem mais abertos a perceber o outro, gerando uma transformação social e individual das relações.

Modelo focado na transformação a partir dos conflitos, através de uma revalorização e reconhecimento das pessoas, importando-se tal método muito mais com a transformação dos sujeitos envolvidos e de suas formas de relacionamento do que com conflito em si. Por tal razão, muitas vezes tal método é mencionado como “filosofia da mediação”.

Para Warat (2001, p. 31-49/50), o principal objetivo neste modelo é a transformação da relação interpessoal, para que tenham condições de decidirem seus caminhos, assumindo responsabilidades em relação a suas escolhas. O papel do mediador é ajudar as partes para que olhem ao outro e a si mesmos. Nas palavras do autor, o mediador seria um psicoterapeuta de vínculos conflitivos, devendo ajudar as partes para que sintam seus sentimentos e construam vínculos, de forma autônoma e holística, a partir de sua identidade e sensibilidade.

Discorrendo sobre o modelo transformador, Costa (2004, p. 180) considera que o mediador deve ter em mente que toda relação humana é plena de tensões e que nem o conflito pode ser definitivamente resolvido, nem isso é desejável, pois a

conflituosidade (mantida, dentro de certos limites) é requisito e não empecilho a uma convivência saudável.

A mediação transformativa não é colocada em prática habitualmente no Brasil, embora Warat (2001, p. 88) cite em sua obra projeto da Justiça Catarinense denominado “Casa da Cidadania” onde “os cidadãos possam sair do silêncio e recuperar sua voz, sem a intervenção de terceiros que decidam pelos afetados”.

Da forma como é apresentado o modelo transformativo, com base no pensamento de Folger e Bush, chama atenção as diferenças em relação a mediação que busca apenas a resolução dos conflitos através do acordo, o que equivale ao modelo de Harvard. Por outro lado, talvez a crítica que se coloque, pese todos os aspectos positivos, seria a dificuldade de se pensar esse modelo na prática nos CEJUSCs. Mediador passivo e perspectiva de não resolução dos conflitos em uma relação continuada podem fomentar ainda mais a contumélia dos envolvidos. Afinal se as partes não encontram a solução do problema que os conduziram à mediação, qual o efeito prático de se tentar esse método?

O modelo transformativo parte da premissa de que a obtenção do acordo não é o objetivo principal, ao contrário do modelo de Harvard, e sim a transformação da relação das partes a partir do fortalecimento da autodeterminação e do reconhecimento do outro.⁴²

Procura-se, em síntese, sair de uma concepção individualista para uma concepção relacional, pois não importa a pacificação do conflito e sim a transformação da relação. O mediador deixa de exercer a função de “facilitador” passando a ser agente estimulador da ativa participação das partes no processo.

Essa busca por maior qualidade no contexto das relações interpessoais é que motiva a eleição desse modelo de mediação pelas partes interessadas e pelos profissionais envolvidos com a resolução de conflitos familiares, inclusive advogados e magistrados que lidam com conflitos familiares.

⁴²Cf Bush e Pope (2002-2003; p. 83), no modelo transformativo a mediação é definida como “a process in which a third party Works with parties in conflict to help them hang the quality os their conflict interaction from negative and destructive to positive and constructive, as they explore and discuss issues and possibilities for resolution.”

3.8.3 Modelo Circular Narrativo

Desenvolvido pela norte-americana Sara Cobb e difundido na América Latina pela argentina Marinés Suares (2008, p. 61).

Possui forte influência da psicologia (novamente a interdisciplinariedade anteriormente mencionada), e tem bases no Construcionismo Social⁴³, da abordagem sistêmica e da Teoria da Comunicação.

Cobb e Rifkin (1991, p. 35/62) assinalam que o modelo circular-narrativo tem como pressuposto de que a linguagem é constitutiva e não representativa da realidade. Ainda, que na comunicação são levados em consideração os elementos de expressão verbais e não verbais. Ponderam as autoras que não há uma causa única que produza um determinado resultado, mas uma causalidade de tipo circular que se retroalimenta.

O conflito é entendido como descompasso entre as histórias das partes e considera que, essencialmente, não existe verdade ou mentira em relação às narrativas das partes, nas histórias dos conflitos que consistem em diferentes versões para o mesmo aspecto relacionado à situação conflitiva existente, sendo a finalidade principal da mediação a co-construção de uma versão integrada a partir das histórias trazidas pelas partes.

Considera-se não o conflito propriamente dito, mas as histórias do conflito que as partes apresentam.

Modelo pensado especialmente para o campo da família, com o resgate de técnicas utilizadas em sessões de terapia familiar.

Parte da ideia que a história de cada pessoa é uma narrativa que ela faz de sua realidade e que a forma como as pessoas narram tais experiências é, por sua vez, uma coordenação de suas visões acerca do mundo que as rodeia.

Tal método procura efetuar mudanças nas narrativas, a fim de tornar possível a construção em conjunto de novas possibilidades que alicerçam a história dos envolvidos, partindo do pressuposto que a relação causa e efeito é influenciada por diversos fatores, de natureza relacional, possuindo a causalidade uma forma

⁴³Construcionismo Social é o nome que passou a designar o movimento que tem sua principal referência teórica em Kenneth Gergen e que exerce forte influência sobre disciplinas como terapia de família e psicanálise.

circular, buscando então a mediação a mudança dos significados compartilhados, reconstruindo a história a partir de novas possibilidades postas.

Nesse modelo de mediação, considera-se que, na expressão de Suares (2008, p. 62), as partes comparecem em uma situação de ordem, devendo ser inserido o caos na ordem, para que as diferenças e reflexões apareçam.

O papel do mediador, nesse modelo, corresponde ao de um agente de legitimação do discurso de todas as partes envolvidas. Usualmente, o primeiro contato do mediador com a parte é de forma individualizada, para que cada parte tenha a oportunidade de narrar sua história livremente, sem as influências da oitiva de uma versão prévia (ALVAREZ, p. 132/133).

A imparcialidade do mediador é vista nesse método não como isenção de interesse no resultado ou equidistância, mas, sobretudo, ausência de dominação. O mediador deve trabalhar para desvelar os reais interesses das partes e bloquear manipulação de uma história dominante sobre outra.

Sobre a utilização desse modelo específico nas questões de direito de família, falaremos muito no capítulo seguinte, inclusive sobre a questão do tratamento dos conflitos de forma interdisciplinar, tendo em vista o afeto como base da constituição da família moderna, conforme analisado no capítulo anterior.

3.9 O tratamento no atual Código de Processo Civil: visão panorâmica sobre o tema

A finalidade desse tópico de nossa pesquisa é refletir de forma crítica e ampliar a interpretação feita pelos operadores do direito da mediação e sua relação com os diversos ramos do processo civil. Por não fazer parte de nossa linha de pesquisa, serão abordadas tão somente algumas das inovadoras regras do nosso Código de Processo Civil, as quais podem ser objeto de controvérsia.

Já de início é relevante salientar que a localização dos dispositivos dentro do atual Código de Processo Civil está situada em diversas partes, demonstrando que, como afirmamos desde o início de nosso trabalho, o legislador abriu campos para o desenvolvimento da mediação, desde que se disponham em realizar a solução pelo tratamento consensual, ainda que tenham iniciado a disputa pelo método adversarial. O objetivo, então, fica fácil perceber, é dar o máximo de destaque possível aos mecanismos consensuais.

Já em seu art. 3º, §§ 2º e 3º, o legislador determina que o Estado promova, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, para logo na sequência determinar que juízes, advogados, membros do Ministério Público e defensores públicos estimulem a mediação, a conciliação, e outros métodos de solução consensual dos conflitos, o que reforça o analisado no tópico 2.2 deste capítulo, no sentido de que hoje tal tarefa não é atribuída de forma exclusiva ao Estado, mas sim aos atores sociais como um todo, de forma ampla.

Deve-se ressaltar que o incentivo à solução consensual já tinha previsão no Código de Ética do Advogado, sendo dever do causídico “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios” e “aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial”.

A mediação é referida inicialmente no artigo 3º do NCPC⁴⁴, localizado no Capítulo I, Livro I da Parte Geral.

Há, também, toda uma seção dedicada ao assunto entre os auxiliares da justiça nos termos do artigo 149 do NCPC⁴⁵. Dentro do mesmo capítulo, a Seção V é destinada para o regramento das atividades dos mediadores e conciliadores judiciais.

Atualmente prevalece nos Tribunais o trabalho voluntário; pois não há divulgação de qualquer iniciativa sobre o destaque de dotações orçamentárias para arcar com os pagamentos dos milhares de mediadores que precisarão atuar, é bem provável que o quadro assim permaneça. Por outro lado, o artigo 168 do CPC proíbe que os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções. Fica, então, a pergunta: se o mediador inscrito no Tribunal não poderá advogar no juízo em que se inscreveu, como poderá sobreviver? Na prática, como interpretamos essa restrição imposta por lei se os Tribunais, ainda, não implementaram a remuneração dos profissionais? Parece-me

⁴⁴Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

⁴⁵Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.

que não há estímulos à dedicação exclusiva e, portanto, precisamos suavizar o alcance dessa proibição evitando que se coloque em risco a consolidação da mediação recém instrumentalizada no CPC.

O Código de Processo Civil estipula ainda, em seu artigo 165, que caberá aos tribunais a criação de centros judiciários de solução de conflitos, que serão competentes para realização das seções e audiências de conciliação e mediação.

O §3º, do artigo 165⁴⁶, descreve o perfil do mediador. Podemos observar que o NCPC claramente diferencia o conciliador e o mediador, separando-os pelo tipo de técnicas a serem utilizadas. Segundo o dispositivo, o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedado que se valha de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. Já o mediador, “que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”.

O que se observa, portanto, é que a mediação tratada no novo CPC é a judicial que pode anteceder ou não o ajuizamento de ação, sendo que a mediação extrajudicial (regulamentada pela Lei 13.140/2015) foge do regramento da lei instrumental. Também a figura do mediador de que trata a lei instrumental a judicial, ou seja, cuida-se de profissional capacitado e que atua segundo orientação e fiscalização de juiz coordenador dentro do ambiente do CEJUSC.

Fernanda Tartuce pondera que, com a inserção de dispositivos sobre mediação e a ampliação de previsões sobre a conciliação, dois modos diferentes de lidar com as controvérsias passam a conviver mais intensamente no Código de Processo Civil: a lógica de julgamento e a lógica coexistencial (conciliatória).⁴⁷

⁴⁶§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

⁴⁷TARTUCE, Fernanda. *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos*. Disponível em <<http://www.fernandartartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>>. Acesso em 19.dez.2017.

Especificamente no campo do Direito das Famílias, o recente Código de Processo Civil também trouxe regra específica com o objetivo de buscar-se a solução consensual dos litígios, em seu artigo 694⁴⁸, segundo o qual nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação, abrindo ainda a possibilidade, no parágrafo único de referido dispositivo, de ser apresentado requerimento pelas partes, a fim de que o juiz determine a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Tal dispositivo, tanto em seu *caput*, como no parágrafo único, reforçam a necessidade de uma análise multidisciplinar do conflito, devendo o magistrado valer-se inclusive do auxílio de profissionais de outras áreas para a mediação e conciliação.

Conforme já dito anteriormente, essa questão da interdisciplinariedade é uma especificidade cuja observação faz-se necessária na mediação de conflitos envolvendo questões familiares, e por tal razão será abordada no capítulo subsequente.

Um ponto relevante obre a mediação é que a liberdade e a autonomia foram integralmente preservadas pelo legislador pátrio, aliás, são valores essenciais à mediação. É imperioso lembrar que durante a sessão consensual não se atua segundo a lógica de julgamento formal em que há imposição de resultado pela autoridade estatal: a lógica conciliatória demanda o reconhecimento da dignidade e da inclusão todos, rechaçando condutas autoritárias por força do respeito recíproco que deve pautar a atuação dos participantes.

Segundo o art. 334 do Novo Código de Processo Civil⁴⁹, estando a petição inicial em conformidade com os requisitos legais e não sendo caso de

⁴⁸Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

⁴⁹Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária. § 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

improcedência liminar do pedido, será designada audiência de conciliação ou mediação.

Esse dispositivo ressalta a importância da conciliação e da mediação na prática do novo processo, tendo tal positividade especial relevância na procura por uma forma mais adequada de solução do litígio.

Ao tratar da audiência de instrução e julgamento⁵⁰, prevê o Código que logo após sua instalação “o juiz tentará conciliar as partes, sem prejuízo de encaminhamento para outras formas adequadas de solução de conflitos, como a mediação, a arbitragem e a avaliação imparcial por terceiro”.

Merece ainda destaque pioneiro dispositivo sobre a criação de câmaras de conciliação e mediação para dirimir conflitos no âmbito administrativo.

Questiona-se, entretanto, se o processo judicial é o meio mais adequado para se tentar a solução pacífica, ou se ocorreria de forma mais natural, e inclusive, com maior probabilidade de êxito se realizada antes da propositura de qualquer ação e fora do ambiente judiciário.

Entretanto, ainda que não seja o ideal, por certo é um grande avanço.

Dentro da ideia da imparcialidade e não intervenção a favor de qualquer das partes, Tartuce (2015, p.) assinala que:

A manifestação de sua opinião quanto a uma outra pode ser deletério e influir decisivamente na conduta das partes, seja para gerar um acordo artificialmente entabulado (sem aderência à situação das pessoas em conflito), seja para desanimá-las quanto ao procedimento ante a um suposto comprometimento ético do mediador.

Outra inovação positiva do Código de Processo Civil foi o cuidado com a figura do mediador, que poderá ser escolhido livremente pelas partes, ou caso não haja consenso ou não o façam, será feita distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal.

O mediador deve favorecer o diálogo na construção de escolhas satisfatórias para ambas as partes. A mediação não é meio substitutivo da via judicial, mas estabelece uma complementaridade que qualifica as decisões acerca desses desentendimentos, tornando-as verdadeiramente eficazes. Cuida-se da busca conjunta de soluções originais para pôr fim ao litígio de maneira consensual.

⁵⁰Art. 359. Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.

O mediador não precisa ser, necessariamente, um profissional da área jurídica, mas sim ter preparo específico para este tipo de tratamento de conflitos. Ele não deverá formular juízo de valores, não é ele quem dará a solução adequada, não irá negociar, nem emitir parecer técnico, exercendo a função tão somente de um terceiro responsável pela administração da comunicação entre as partes, auxiliando os litigantes a encontrarem, por si, a resolução do problema enfrentado.

Dito de outro modo, o mediador não é um julgador, ele possui a função de aproximar os conflitantes para que possam através do diálogo estabelecido, alcançar o consenso.

Ao contrário do magistrado, o mediador não impõe um veredito. Também não é um negociador, que toma parte na negociação, com interesse direto nos resultados; dependerá das partes a conclusão da mediação como um acordo ou não. Não é, ainda, um árbitro, que emite um laudo ou decisão.

O mediador, ainda que possua vasto conhecimento sobre a matéria litigiosa, não deve assessorar nenhuma das partes sobre o assunto em discussão, devendo tão somente cuidar da descoberta dos verdadeiros interesses reais de cada uma das partes, assim como dos centros conflituosos da causa.

O mediador deve ter principalmente a neutralidade de ouvir as partes sem se deixar influenciar por posicionamentos jurídicos ou que contenham juízos de valor, preconceitos ou concepções. Precisa se preocupar em melhorar a forma como as partes enxergam o conflito, fazendo com que cada uma delas entenda a outra, estimulando que por si só cheguem a uma solução adequada. Não há que se confundir com imparcialidade com neutralidade. Enquanto a primeira é dever dos mediadores, a segunda é tarefa impossível no sentir de Pamplona Filho (2001, n.p.), o qual afirma que:

[...]é impossível para qualquer ser humano conseguir abstrair totalmente os seus traumas, complexos, paixões e crenças (sejam ideológicas, filosóficas ou espirituais) no desempenho de suas atividades cotidianas, eis que a manifestação de sentimentos é um dos aspectos fundamentais que diferencia a própria condição de ente humano em relação ao frio raciocínio das máquinas computadorizadas.

O artigo 334 do NCPC estipula que as audiências que envolvam mediação sejam sempre presididas por mediadores ou até mesmo por servidor capacitado para tal finalidade.

O referido dispositivo possibilita a cisão das sessões de mediação quando entender conveniente a medida entre outras providências.

Para possibilitar o alcance de tais objetivos, a escuta é um dos pontos-chave do mediador, que deverá possuir tal condão, a fim de que possam desenvolver um novo elo entre elas.

Aliás, se tratarmos da mediação prevista no Código de Processo Civil, realizada no curso do processo, devemos observar o disposto no artigo 6º do CPC, que determina que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Ou seja, além da cooperação ser implícita à mediação, é também um princípio de observância obrigatória no processo civil.

A mediação pode (e deve) ser utilizada como uma técnica de fortalecimento dos laços parentais, restabelecendo aos envolvidos no processo de mediação a capacidade de responsabilidade por suas ações, transmitindo estimas de respeito ao próximo, de solidariedade, de autodeterminação e estímulo ao exercício da cidadania.

A mediação familiar propõe uma mudança de cultura, que se inicia com a desvinculação da ideia de que sempre é necessária uma terceira pessoa para decidir ou impor uma decisão, sendo os sujeitos envolvidos capazes de dialogar e construir juntos a própria solução.

Inegável que a regulamentação no Código de Processo Civil é um avanço, porém de nada adiantará se não vier acompanhada de uma eficiente divulgação e, a longo prazo, uma mudança cultural, da beligerância enraizada, para a paz a ser buscada.

Um alerta, todavia, deve ser feito. Apesar da inegável vantagem que a mediação proporciona, como já alertamos aqui, nem sempre ela se revela útil para todas as classes de ação, de modo que, ao promover o meio consensual, o juiz deve evitar insistências excessivas e inoportunas às partes por força da autoridade que detém, pois, como afirmamos, a voluntariedade da mediação é um valor a ser seguida e está prestigiado na Lei 13.140/2015.

Para Águida Arruda Barbosa, que presidiu a Comissão de Mediação do Instituto Brasileiro de Direito de Família, a regulação da mediação, no novo Código de Processo Civil, representa ganho inestimável: educar para mediar. A autora, em

entrevista⁵¹ concedida, afirma que “[...] todos os operadores do direito estão sendo obrigados a estudar a teoria da mediação [...], a comunidade jurídica brasileira está sendo obrigada a reconhecer este meio de acesso à justiça.” (2016)

Concluindo a partir das hipóteses formuladas inicialmente, temos que: i. o novo CPC estimula a utilização de meios consensuais; ii. para que os mecanismos consensuais tenham êxito, os operadores do Direito precisarão se abrir a novas concepções; criando filtros, a partir de critérios mais objetivos (evitando subjetivismos ou arbitrariedade) para que a mediação possa se revelar proveitosa ; iii. o novo Código de Processo enfrenta o tema em diversos dispositivos e difere claramente mediação e conciliação; iv. A voluntariedade é um valor a ser seguido; v. O cadastramento de mediadores deve assegurar, na medida do possível, espaço democrático da própria comunidade local, garantindo-se espaço a todos os saberes e ciências daqueles que, voluntariamente, se capacitem como mediadores.

3.10 Questões controvertidas a partir da análise da institucionalização da mediação e das inovações do novo Código de Processo Civil e da Lei nº 13.140/2015 (LEI DA MEDIAÇÃO)

Presenciamos atualmente uma tentativa de institucionalização da mediação, através da inclusão de estruturas basilares da mesma dentro de regras processuais, conforme pode ser observado a partir da análise do atual Código de Processo Civil, bem como da Lei da Mediação (lei 13.140/2015).

Neste cenário, pode-se afirmar que a utilização da mediação já é uma realidade incontestável. Até mesmo a conceituação de mediação como um meio “alternativo” precisa ser revista, vez que tal instituto passou a ser reconhecido como adequado e efetivo, ganhando força, notoriedade e credibilidade, devendo o processo, este sim, encarado como um meio alternativo de solução de conflitos se frustrada a mediação.

Se, por um lado, as recentes mudanças do NCPC reafirmam a importância da mediação na resolução das controvérsias ao incentivar a ampliação de seu uso, por outro lado, na forma como apresentada, traz em si uma contradição, que seria a

⁵¹Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6006/Mediação%3A+uma+nova+ordem+social>>. Acesso em 25.set.2017.

própria antítese do elemento autônomo e voluntário da mediação o que, em última análise, poderia “burocratizar” o instituto e demandar a criação de uma estrutura estatal própria para a utilização do instituto, além de agravar despesas a agravar os gastos públicos com o acesso à Justiça.

Ou seja, a pretexto de estimular mecanismos autocompositivos e deslocar o eixo decisório para fora do método heterocompositivo, estaríamos criando maior onerosidade ao Poder Judiciário ao inserir na estrutura deste uma importante ferramenta que teria exatamente a finalidade de desafogá-lo.

Na tentativa de se diminuir o número de conflitos solucionados pelo Poder Judiciário, com um consequente desafogamento, na verdade há um aumento das atribuições e até mesmo da estrutura dos tribunais, que ficam responsáveis pela realização da mediação.

Embora estejamos diante de ganhos qualitativos, não há dúvidas que novos desafios se apresentam. A construção do processo de mediação ganha novas nuances e não se pode perder de vista a sua repercussão e condição de garantir ou instrumentar a concretização da pacificação e justiça social.

O principal temor da utilização compulsória da mediação (ideia inicialmente cogitada no NCPC), era torná-la inócua e dar a ela um tratamento meramente formal, a ser cumprido previamente no processo, como uma fase processual qualquer. Foi exatamente o que aconteceu com a audiência de conciliação prevista no Código de Processo Civil anterior.

Felizmente, a obrigatoriedade da mediação prévia ao processo foi evitada, sendo garantidas pelo artigo 334 do NCPC a liberdade procedimental e a liberdade pela utilização ou não da mediação como meio de solução de conflitos, salvo nos casos de direito de família, em que a utilização de meios autocompositivos vai além dos interesses disponíveis das partes.

Na solução de conflitos familiares, em razão das suas peculiaridades e de certa dose de complexidade, o Código de Processo Civil⁵² preceitua que todos os esforços deverão ser empreendidos para que o conflito seja solucionado consensualmente, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas

⁵²Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

do conhecimento para a mediação e a conciliação. A seguir, o parágrafo único permite, a requerimento das partes, que o magistrado suspenda o processo para que as partes participem de mediação extrajudicial ou de atendimento multidisciplinar.

Outro aspecto de discutível sentido prático relaciona-se com a aplicação do artigo 167 e parágrafos, segundo o qual os mediadores serão inscritos no cadastro nacional, sendo-lhes vedado exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções. Proíbe-se, portanto, a cumulação das atividades de mediador e advogado.

Apesar da boa intenção do legislador, a norma analisada desencoraja os novos advogados a se cadastrarem no rol de mediadores e conciliadores judiciais. Outrossim, importante registrar que o impedimento criado não segue a mesma lógica dos impedimentos encartados no Estatuto da advocacia.

Outra inovação trazida pelo NCPC diz respeito à determinação que os tribunais criem Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSC), nos termos do artigo 165 do diploma processual.

Porém, é justamente nesse ponto que surge o primeiro questionamento acerca da institucionalização da mediação: a necessidade de criação e/ou aumento da estrutura física a cargo do Estado.

Além da questão estrutural, conforme disposição do NCPC, os mediadores receberão remuneração pelos serviços prestados, a ser fixada pelo tribunal competente, previsão esta constante do artigo 169 do novo códex. É evidente o problema relacionado ao investimento insuficiente, bem como à inadequação da estrutura física hoje disponível. Trataremos desse tema no capítulo seguinte.

Outro ponto controverso do NCPC diz respeito ao conflito existente entre o artigo 165 do NCPC e o artigo 25 da Lei de Mediação. Estabelece o parágrafo primeiro do artigo 165 que os litigantes podem escolher, de comum acordo, o mediador, o qual pode estar ou não cadastrado no tribunal. Todavia, o artigo 25 da Lei de Mediação prevê de maneira diferente que os mediadores não se submetem à prévia aceitação das partes.

Temos, assim, que a lei especial impõe o mediador judicial às partes, enquanto que o NCPC possibilita a liberdade de escolha. Surge, então, a dúvida: qual o critério mais adequado? Pensamos que, a partir dos próprios princípios informadores da mediação, mais adequada seria a liberdade de escolha, conforme a

liberdade procedimental e a autonomia, pois, se esse direito de escolha fosse retirado das partes, prejudicaria o vínculo de confiança a ser formado. Portanto, mais coerente com o espírito da mediação seria darmos aplicabilidade à norma processual, que se contrapõe à lei especial.

O impasse da possibilidade ou não de escolha dos mediadores ainda será alvo de discussão doutrinária e jurisprudencial pela colisão legal existente. Contudo, considerando que a Lei 13.140/2015 é legislação específica, enquanto que o NCPC é norma geral, uma solução da antinomia pelo critério da especialidade traria uma institucionalização com impacto negativo às amplas possibilidades atualmente colocadas à disposição da mediação.

Em outro ponto, a Lei 13.140/2015 complementou a institucionalização presente no Novo Código de Processo Civil, ao regulamentar a mediação extrajudicial⁵³.

É discutível a criação de prazos e penalidades e podemos concluir que andou mal o legislador.

Aparentemente, essa regra da penalização já nasce “letra morta” na Lei da Mediação, especialmente no seu campo extrajudicial, quando são as partes, por sua própria autonomia e interesse privado, que a procuram, visando compor suas controvérsias ou obter auxílio ao diálogo, de maneira reservada.

É claro que a institucionalização da mediação se revela saída interessante se analisarmos sob a ótica de que reforça a necessidade de utilização da prática mediativa; todavia, estará longe de promover algo novo enquanto colocada às sombras dos Tribunais ou de forma coercitiva.

É importante que se diga que inúmeros juristas se posicionam contra a institucionalização excessiva da mediação, por acreditarem que desvirtuaria a identidade do que de fato significa mediar. A forma como a mediação está prevista

⁵³Art. 22. A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo:I - prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite;II - local da primeira reunião de mediação; III - critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação; IV - penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação. § 2º Não havendo previsão contratual completa, deverão ser observados os seguintes critérios para a realização da primeira reunião de mediação:IV - o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada.

no NCPC e na Lei 13.140/2015 é vista com cautela, porque a burocratização excessiva do método alternativo de resolução de conflitos seria indesejada, afinal, o que torna a Mediação atraente em relação aos demais métodos reside justamente na sua ética do diálogo pacificador, em sua lógica voluntária e cooperativa para o afastamento da Cultura do Litígio e em benefícios de longo prazo à ordem jurídica.

A judicialização plena da mediação não é benéfica porque a sua regência pela ótica formalista não irá garantir o acesso à justiça.

Outra crítica diz respeito ao princípio da imparcialidade na atuação do mediador. Conforme previsão contida no artigo 166 do Código de Processo Civil, a atuação dos mediadores deve ser pautada pelo princípio da imparcialidade, sendo que a inobservância desse dever pode ensejar inclusive a exclusão do profissional do cadastro do tribunal (artigo 173, inciso I).

Há quem critique esse princípio incluído na Lei de Mediação e no NCPC, pois ao contrário dos magistrados, o mediador não dispõe dos poderes e prerrogativas inerentes à função jurisdicional, razão pela qual privar-lhe de qualquer possibilidade de aproximação das partes ou de intervir para reequilibrar as relações de forças entre elas, equivaleria a esvaziar de sentido o seu papel.

Os mediadores precisam de liberdade para se inserir entre as partes, embora não lhes caiba assumir uma postura necessariamente equidistante. Dependendo do modelo teórico seguido, espera-se que eles possam proteger as partes mais vulneráveis do conflito, conter as pretensões dos mais influentes e corrigir as desigualdades de poder.

Trata-se de um aspecto polêmico da positivação do instituto e que dará margem a amplos debates nos próximos anos. Aconselha-se que a aplicação dos motivos de suspeição arrolados no artigo 145, inciso II, do novo diploma processual seja feita com as cautelas devidas, para preservar as características e a vocação pacificadora da mediação. Consequentemente, cumprirá aos cursos de formação de mediadores, à jurisprudência dos tribunais e aos círculos universitários encontrar uma definição razoável para a famigerada imparcialidade, compatíveis com o exercício da função.

Por fim, nos termos do artigo 12, apenas os mediadores inseridos no cadastro dos tribunais serão considerados habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial. Finalmente, o artigo 25 estatui que a designação dos mediadores para o processo independe da prévia aceitação das partes, exceto em casos de

impedimento e suspeição (artigo 5º). Veja-se que os artigos 12 e 25 da Lei nº 13.140/2015 proíbem a escolha do mediador que irá atuar no processo de mediação judicial, ao contrário do que dispõe o artigo 168, §§ 1º e 2º, do NCPC, capitulado em Seção destinada ao regramento dos conciliadores e mediadores judiciais.

Diante da antinomia entre as normas, poder-se-ia argumentar que o artigo 168 e §§ 1º e 2º do NCPC foram precocemente derogados. Contudo, essa não é a melhor solução interpretativa para o problema, pois o sucesso da mediação depende da relação de empatia e confiabilidade estabelecida entre as partes e o mediador.

A aprovação da Lei de Mediação Civil no marco normativo do NCPC representa uma promessa de virada revolucionária na forma de tratamento dos conflitos. Lançando-se sobre ela um olhar prospectivo, vislumbra-se o paulatino empoderamento dos cidadãos e a possibilidade de que assumam, efetivamente, o papel de protagonistas na solução consensual de desavenças. Para que isto seja possível, contudo, será necessário que os magistrados em geral – e não só eles, mas também advogados, Defensores Públicos, MP, serventuários da Justiça – reconheçam a importância dos mecanismos consensuais e cedam espaço para que as partes dialoguem e busquem conjuntamente o entendimento.

A lei de mediação ainda prevê, quando a mediação for judicial, a obrigatoria assistência por advogados ou defensores públicos. Porém, no que tange à mediação extrajudicial, a lei apenas recomendou a participação dos advogados, mas não condicionou à realização da sessão às suas presenças. Deste modo, a participação dos procuradores é sugerida, mas não obrigatória. Na mediação extrajudicial, esta se torna obrigatória somente no caso de uma das partes comparecer à sessão devidamente assistida (quando então deve ser a sessão suspensa para que a outra parte tenha a possibilidade de se instrumentar com um procurador ou defensor).

As inovações legislativas representam um primeiro passo importante, mas a caminhada dependerá, sobretudo, da mudança cultural dos cidadãos e dos operadores do direito.

Ainda há muita desconfiança em torno da incorporação da mediação pelo Poder Judiciário. Os céticos alertam que a institucionalização do consenso, menos do que educar para a autonomia cidadã, atuará como barreira de contenção e engessamento dos instrumentos populares de empoderamento social. Realmente, abundam indícios nesse sentido. Vejam-se, por exemplo, a obrigatoriedade da

mediação, a exigência de imparcialidade do mediador e a intenção da nova lei de vincular as partes ao mediador escolhido por distribuição mecânica.

Mas há o outro lado. Quando, ainda que implicitamente, a legislação proíbe os magistrados de participarem das sessões de mediação, ela justamente resguarda a esfera de liberdade dos cidadãos contra as interferências indevidas. O que se vê, hoje em dia, é que muitos juízes tomam para si a tarefa de mediar conflitos, e quando esta mediação resulta infrutífera, acabam retomando o curso do processo adjudicatório sem esboçar preocupação com os impedimentos éticos e morais que o circundam.

Em resumo, uma análise circunspecta da mediação judicial demonstra que os riscos inerentes à institucionalização não ofuscam suas vantagens. Nutre-se o anseio de que os mecanismos alternativos auxiliem o Judiciário a solucionar qualitativamente os conflitos por meio do resgate da comunicação e do reconhecimento do protagonismo dos atores sociais.

Outro ponto a ser considerado é a concepção de que a mediação, na visão do legislador, presta-se ao desafogamento do Poder Judiciário. Porém, como sabido e desenvolvido, muito embora a mediação seja um método de resolução eficiente, esta não é a sua principal função. A mediação presta-se à solução do conflito na essência, com estímulo à comunicação, restabelecimento dos vínculos, tratamento das diferenças, emoções, sentimentos. O grande receio é que os novos diplomas legais, quando manejados pelo Poder Judiciário, promovam uma massificação do processo de mediação, uma desqualificação dos seus profissionais e, por fim, uma “desacreditação” pelos usuários na sua eficiência.

O caminho será longo até que todos se deem conta da importância da construção de consensos para a pacificação social, mas é reconfortante saber que a Justiça brasileira caminha na direção certa.

4. A MEDIAÇÃO APLICADA NO DIREITO DE FAMÍLIA

4.1 Mediação e interdisciplinaridade

O instituto da mediação no âmbito do direito de família encontra-se em franca expansão, e as principais causas deste crescimento e desenvolvimento são as inúmeras vantagens que oferece às pessoas envolvidas num litígio, indivíduos estes que não conseguiram por si só romper os obstáculos do litígio, e acabaram por recorrer à ajuda de um terceiro, o mediador, para que em conjunto consigam alcançar uma solução que desconstrua o litígio e pacifique o conflito, com a salvaguarda dos interesses e pretensões dos envolvidos.

Diante do estudado nos capítulos anteriores, no que diz ao modelo jurídico familiar, e da solução de litígios através da mediação, não há como se pensar na utilização da mediação e na atividade do mediador sem um conhecimento interdisciplinar, ou seja, pela articulação entre os saberes científicos de áreas distintas, e uma relação de diálogo entre os mesmos.

A legislação, acertadamente, não sugeriu um modelo de mediação. A mediação é um instituto flexível e aberto às modalidades e correntes a depender do contexto fático e das peculiaridades de cada caso.

Até as fases da mediação devem ser livre e, neste ponto, a lei também não impõe regras rígidas; as variações ficarão por conta de cada caso e da orientação teórica do mediador e do modelo que preferir. As possibilidades, os métodos e o rito são de livre escolha dos envolvidos e do mediador.

Os problemas tratados no Direito da Família são extremamente sensíveis, visto estarem relacionados à esfera íntima das pessoas, e por vezes envolvendo crianças que não possuem sequer o discernimento de compreensão dos acontecimentos que as rodeiam, necessitando tais problemas de uma solução adequada à sua sensibilidade (podemos aqui citar como exemplos a dissolução da sociedade conjugal, a divisão e atribuição das responsabilidades parentais, e a responsabilidade pelo sustento através da fixação de pensão alimentícia).

Conforme já analisado, o afeto é uma característica inerente aos relacionamentos familiares e representa, hoje, o principal valor do direito de família.

Desse modo, é inimaginável que no momento de solução de controvérsias, tal elemento, de viés fundamental, seja ignorado.

Conforme nos ensina Ganancia (2001, p. 7):

Os conflitos familiares, antes de serem conflitos de direito, são essencialmente afetivos, psicológicos, relacionais, antecedentes de sofrimento e dizem respeito a casais que, além da ruptura, devem imperativamente conservar as relações de pais, em seu próprio interesse e no interesse das crianças.

A resposta judicial é um resultado apenas de uma análise do que consta dos autos. A decisão é proferida com base em aspectos preponderantemente objetivos, sem muitas vezes levar em conta os aspectos subjetivos dos conflitos familiares.

Essa aflição é muitas vezes sentida pelos próprios magistrados encarregados de proferir a decisão, como se observa do relato de Serejo (2000, p. 315):

(...) da nossa cadeira de juiz, por debaixo da toga, contemplamos o amor reduzido à contabilidade, nas desavenças sobre o quantum das pensões alimentícias e na divisão dos bens, quando das separações. Como confessores das decepções, somos atingidos pelas lágrimas da separação, doloridas, penetrantes, pesadas; os olhares vazios, longos, cheios de recordações e revolta; a indiferença dos pais quanto aos filhos, as acusações terríveis, às vezes abjetas, contra quem, por quem, por muitos anos, compartilhou da cama e da mesa, e tantos outros quadros que desfilam diariamente a nossa frente.

Em muitos casos observamos que as sentenças judiciais são transgredidas, e a principal razão é que a decisão imposta põe termo ao processo, porém sem pacificar o conflito.

Nos dizeres de Serpa (1999, p. 17):

As famílias, geralmente, operam de acordo com suas próprias leis, e são rebeldes à imposição de padrões de terceiros. Quando são pressionadas, tomam a justiça em suas próprias mãos, e ignoram decisões (...) A realidade dos conflitos familiares contém um indistinto emaranhado de conflitos legais e emocionais, e quando não são resolvidos pelos protagonistas, transformam-se em disputas intermináveis em mãos de terceiros.

A síndrome de perde e ganha, a necessidade de provar a culpa do outro, e a demora na obtenção de uma solução, característica do processo judicial, só fazem acirrar o conflito, aumentar a raiva, a mágoa, despertar o sentimento de vingança, entre pessoas que, apesar da separação, ainda terão um relacionamento, precisarão se comunicar, principalmente nos casos de separação e divórcio e de dissolução de uniões de casais com filhos.

Conforme analisa o psicanalista Zimmerman apud Porto (2002, n/p):

O vínculo que se organiza de uma forma sólida e masoquista é o que predomina nos processos litigiosos. Surge a tentativa de domínio tirânico e até cruel sobre o outro, que podem alternar-se na base de um dia é da caça, outro do caçador. Na prática do Direito de Família, parece de forma sutil, inconsciente, o que se denomina “vitimologia”, no qual a vítima, através de desafios e provocações até a exaustão, obriga o outro a ser o agressor. A agressão consequente pode chegar até ao homicídio, cabendo a pergunta: “foi homicídio ou suicídio com a arma do outro?”.

O processo judicial exaspera o conflito, a mediação o transforma, valendo-se para tanto, a interdisciplinaridade, um produto do intercâmbio de várias disciplinas e ciências.

A interdisciplinaridade passa a considerar o conflito de forma mais ampla, de modo a abarcar os indivíduos e suas especificidades. Neste ponto, é preciso destacar a percepção de que o conflito é algo que afeta a individualidade dos conflitantes, suas necessidades e sua forma de se relacionar. (VEZZULLA; 1999; P. 24)

As várias disciplinas que envolvem mediação, como o Direito, Ética, Filosofia, Psicologia, Comunicação entre outros precisam de intensa intercomunicação para gerar sinergia e enriquecer o agir do mediador.

Usualmente, as relações familiares pressupõem histórico de relacionamento anterior entre as partes e, de uma forma ou de outro, as partes deverão manter contatos futuros. Daí porque a mediação interdisciplinar assume papel de destaque.

Em muitos casos em que se discute uma pensão alimentícia, a dificuldade na obtenção do acordo está justamente porque os pais nutrem mágoas entre si e, com isso, não conseguem negociar sobre as necessidades dos filhos.

Para abordar estes aspectos subjetivos é preciso da interdisciplinariedade. Isso auxilia na negociação, pois o acordo deverá conter uma perspectiva de solução duradoura que leve em conta as peculiaridades do relacionamento pré-existente, sua compreensão e possível mudança dos envolvidos. Justamente porque relações familiares são continuadas, o mediador deve ter olhar para o que ocorre ao seu redor, ligar e religar as perspectivas em busca do diálogo.

A título de ilustração, pode-se dar como exemplo o perfil do corpo de mediadores integrantes do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Comarca de Guarulhos⁵⁴, que é integrado por advogados, pedagogos, psicólogos, administradores, professores, teólogos, contadores e profissionais da área da saúde,

⁵⁴51 mediadores habilitados, segundo a Secretaria do CEJUSC/Guarulhos.

de forma que percebe-se um vasto rol de especialidades, todas unidas em prol da formação de um sistema de conhecimento integrado, para aplicação na solução dos conflitos através da mediação.

A compreensão da importância da interdisciplinaridade no instituto da mediação depende da adoção de atitude corajosa de despojamento de conceitos pré-concebidos, com a necessária agregação de informações, e reflexos que descortinam o verdadeiro sentido da profissão de origem, seja ela jurídica, de saúde ou qualquer outra área científica.

Essa solução poderá ser encontrada pela Mediação Familiar, que se apresenta como um instrumento de diálogo entre as partes, com a vantagem *prima facie* de se evitar o desconforto decorrente de um litígio judicial.

No sistema judicial, por outro lado, essa solução dificilmente atingirá o mesmo grau de satisfação, vez que este se apresenta como um procedimento bastante formal, com utilização de uma linguagem jurídica muito específica, além da necessidade de as partes em conflito se fazerem representadas por advogados que atuarão através do confronto direto, criando nas partes o sentimento de frustração por não conseguirem ultrapassar as barreiras do litígio, além de impor uma solução que nem sempre é a mais adequada à solução do litígio, conforme tratado no capítulo anterior.

Por tal razão, o mediador, além da formação original concernente ao tema do conflito que irá mediar, necessita de um conhecimento específico, a fim de que possa obter êxito na apreciação dos níveis de comunicação.

Vezzulla (1999, p. 117/118) identifica os principais pontos que devem estar presentes na formação do mediador: a) negociação cooperativa; b) comunicação; c) aspectos psicológicos da personalidade humana; d) teoria das decisões; e) as leis que regem a sua área de atuação; f) aspectos da sociologia; e g) técnicas específicas de investigação e de resumo.

Todo conflito familiar apresenta uma complexidade peculiar, razão pela qual não podemos considerar apenas seu aspecto jurídico quando de sua resolução, sendo fundamental uma análise do conflito como algo que se desenvolve e se manifesta em torno de expectativas e interesses que são relevantes para o direito, mas que envolve, principalmente, fortes sentimentos e emoções que não são valorados nem objetivados diretamente pelo direito.

Ou seja, o conflito apresenta uma realidade metajurídica, que vai muito além do direito, e é integrada e preenchida por sentimentos da vida íntima e privada de cada uma das partes, dentre os quais podemos mencionar o sentimento de vingança, a insegurança, o rancor e o ódio, dentre tantos outros.

Em razão de tal natureza e de suas peculiaridades, na busca pela melhor solução, tais conflitos não podem ser analisados sob uma perspectiva puramente jurídica, mas sim na sua totalidade e complexidade.

Conforme analisado no capítulo anterior, a mediação é meio de solução adequado a esta espécie de conflitos, já que, diferentemente do que acontece na via judicial, busca um espaço em que todos falam e procuram, por si próprios, chegar a melhor solução para a pacificação do litígio. O mediador apenas facilita esta procura.

Diante dos conceitos e características até então traçados, podemos concluir que a Mediação Familiar é uma importante alternativa ao processo judicial, de característica não adversarial, dependente da vontade das partes em se submeter a este procedimento.

A intervenção do mediador deve ser marcada pela imparcialidade e neutralidade, sendo ainda desprovida de poderes decisórios e soluções impositivas.

O mediador presta seu auxílio com o intuito de estabelecer pontes de comunicação e diminuir a litigiosidade, de forma a criar o ambiente necessário para a mudança e para que as partes consigam, por si só, obterem a solução e pacificação do conflito. Há espaço para abordar o conflito de forma mais ampla os aspectos sócio-psicológicos que interferem nas inter-relações e fazem parte dos conflitos (ENTELMAN; 2002; p. 49). O atendimento de pessoas pelo mediador sem essa consciência das circunstâncias acima mencionadas pode levar o terceiro a compreender o conflito apresentado com base em seus próprios valores e paradigmas, sem compreender as diversas percepções das pessoas envolvidas (ACLAND; 1993; p. 259).

Feita essa digressão sobre os aspectos subjetivos e objetivos do conflito familiar, pode-se retomar a relevância dos aspectos psicológicos e sociológicos do conflito para que o mediador defina qual o modelo teórico mais eficaz para solucioná-lo.

Os litígios mais comuns no campo do direito de família são os que resultam da dissolução do vínculo conjugal, da regulamentação, alteração e descumprimento do regime de exercício das responsabilidades parentais e da atribuição de

alimentos. Estes problemas decorrem de acontecimentos de vida que afetam muitas vezes não apenas as partes que se colocam nos polos do conflito, mas também (e principalmente) os filhos.

Se menores, por não apresentarem o necessário discernimento para compreender o que se passa à sua volta, acabam por sofrer com todo o processo de ruptura, e deve-se buscar também na mediação a maior proteção possível a esses menores.

Vale lembrar, conforme estudado no capítulo anterior, que a mediação é pensada em um sistema “e-e” (ou “ganha-ganha), ao contrário do “ou-ou” (“perde-ganha”) típico dos processos judiciais.

Conforme os ensinamentos de Vasconcelos (2008, p. 29), esse novo paradigma é fundamental para a compreensão das relações interpessoais nas sociedades complexas.

O mediador eficiente é aquele que pensa e ajuda a pensar os múltiplos aspectos do problema e romper com a lógica binária do ganhar ou perder.

Deve o mediador perguntar a si mesmo e às pessoas: a) como podemos enxergar e solucionar juntos esta questão; b) vamos tentar ver o problema pelo ponto de vista do outro?; c) podemos construir a verdade num ponto de equilíbrio e a solução fique boa para todos?.

Para tanto, Ozório Nunes (2016, p. 131/133) assinala que o mediador deve agir segundo a técnica do zoom” a partir de uma sinergia captada nas sessões. De acordo com o jurista, “olhar de perto nos permite ver os detalhes; ao ver de longe, podemos ampliar o foco e observar o contexto”. E, acrescenta o jurista, na mediação é essencial trabalhar com sinergia que é o ato de colaborar, de pensar juntos; em suma, é usar a inteligência coletiva.”

4.2. Mediação familiar: conflito, solução dos problemas e a construção do justo. Ferramentas próprias do mediador nos conflitos familiares.

O interesse desse tópico nasceu de inquietações do nosso cotidiano profissional tomando como desafio a necessidade de contribuir para a pesquisa da mediação familiar considerando a possibilidade de contribuição interdisciplinar.

A família é o palco adequado para a mediação pelo fato de serem relações continuadas. Aliás, dentro do ambiente familiar, fala-se que os personagens que a

compõem são próximos o bastante para produzir a crise e próximos o bastante para resolvê-la.

Mas por que, afinal, enfatiza-se a relevância da mediação nos conflitos familiares? E que trabalho o mediador deve desenvolver de tão especial que se difere das demais atividades autocompositivas realizadas a partir de outras relações humanas?

Não pretendemos esgotar o tópico, mas apenas trazer, em linhas gerais, certos aspectos práticos muito específicos nos conflitos familiares. Nosso objetivo de trabalho consistiu em analisar relações afetivas familiares em litígio e o sentido prático da utilização da mediação.

A literatura especializada nos ensina que o mediador precisa, nos conflitos familiares, mergulhar mais a fundo e procurar entender o que as pessoas estão pensando e sentindo e não conseguem falar.

Nesse sentido, o papel do mediador e suas competências dependem do objetivo principal a ser perseguido⁵⁵.

Ozório Nunes (2016; p. 161) salienta que a visão do mediador deverá ser aquela vista de um telescópio: precisará ver mais fundo e mais longe para delimitar o conflito. Acrescenta que o mediador precisa estimular as pessoas a falar da relação e do contexto que gerou o problema, enfim, expressar suas emoções.

É natural que seja assim. Afinal, é comum que o mediador trabalhe com o passado, presente e futuro e, a partir daí, com a utilização de técnicas adequadas ao caso concreto, conduzirá as pessoas rumo à solução.

Warat (2001, p. 26) assinala que “o mediador deve entender a diferença entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes. O mediador deve ajudar as partes, fazer com que olhem para si mesmas e não ao conflito, como se ele fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas mesmas.”

Encontrar quais as necessidades das pessoas é tarefa essencial do mediador dentro do conflito familiar. Porém, muitas vezes não temos de forma clara como saber quais são elas. Ozório Nunes, em sua obra, diferencia necessidade (desejos, interesses, etc..) e sentimentos (como nós nos sentimos). E acrescenta que as pessoas fazem confusão com frequência entre necessidades e sentimentos.

⁵⁵Luis Alberto Warat, in *O ofício do mediador*, Florianópolis: Habitus, 2001, v. 1, p. 75-80. considera a mediação como elemento de sensibilidade e humanização totalizadora das relações humanas e assinala que “o mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa.”

Já se enfatizou neste trabalho os princípios informadores da mediação em geral e, delineadas as características gerais e fundamentos teóricos, é preciso explicitar o papel do mediador familiar e suas “competências”.

Para resumir essa ordem de ideias, pode-se citar algumas de suas funções:

Primeiro, tem-se que os conflitos familiares demandam comunicação, mais do que qualquer outro tipo de relação humana. Por conta da necessidade de (re)construir de diálogos se exige do mediador, entre tantas virtudes, uma boa escuta porque o mediador é um agente de transformação, estimulando sempre a comunicação. Resumindo, caberia ao mediador familiar estimular a participação colaborativa dos envolvidos.

Paulo Freire (1983, p. 15), nesse sentido, já sinalizava que o diálogo é condição do modo humano; as pessoas reconhecem-se a si e ao outro.

No conflito familiar, o mediador necessita reservar um tempo suficiente para promover a escuta de cada uma das partes durante a mediação, cabendo ao mediador controlar essa dinâmica, a partir de intervenções adequadas.

Segundo, não se exige, como missão, tarefa avaliativa ao mediador. Não se espera dele que se ocupe com esboço de possíveis soluções, nem que tente convencer as partes a aceitá-las. O que se espera do mediador familiar é a de auxiliar das partes a formular opções ou alternativas de soluções ao caso.

Por isso que a Psicologia exerce enorme papel para a mediação, pois, como estuda a atividade psíquica da conduta humana, o mediador, quando psicólogo ou psiquiatra, poderá intervir interpretativa e terapeuticamente de modo a provocar uma modificação de uma ou de todas as partes envolvidas no processo de mediação, para fins de um acordo.

Para que isso ocorra, o mediador precisa desenvolver, a partir da comunicação, uma “concepção emancipatória” (conceito waratiano) do Direito tão enfatizada por Warat, tendo como cerne a alteridade.

Nesse sentido, é perceptível, como já enfatizamos anteriormente, que a mediação é destinada àqueles que possuem relação pessoal ou de convivência com aquele com quem se está em conflito ou desta relação não pode renunciar; por quem se disponha a revisar posições anteriormente assumidas na busca de soluções para o embate.

Por fim, deve o mediador, que é neutro e imparcial, ser um agente de informação, esclarecendo, a todo momento, as partes a fim de que elas possam

expressar sentimentos e garantir qualidade do acordo que for pactuado, facultando-se a suspensão das sessões e utilização de conhecimentos técnicos específicos em outros ramos de saberes.

Além da função desenvolvida pelo mediador familiar, pontua-se, ainda, das qualidades específicas do mediador familiar.

Existe, na atualidade, uma discussão acerca da importância em formar profissionais capacitados a atuar numa seara tipicamente de embates, bem como questionamentos sobre quem deve ser o mediador: o advogado, o assistente social, o médico, o administrador, o pedagogo ou o psicólogo?

Dado que a profissão do mediador é relativamente nova e exercida por profissionais advindos da advocacia, da psicologia, entre outras, não é possível dizer que exista um melhor mediador.

Sem a pretensão de esgotar o tema, é importante assinalar o pensamento de Folger e Bush (1999, *passim*) para quem o mediador deve: gerar e apoiar um contexto em que as próprias partes tomem as decisões; não julgar as partes ou seus pontos de vista; considerar as competências e os motivos das partes; ser responsivo à expressão de emoções; ensinar e explorar a ambigüidade das partes; estar concentrado no aqui e agora da interação do conflito; garimpar o passado em busca de seu valor para o presente; entender a intervenção como um ponto dentro de uma estrutura de tempo mais ampla e, finalmente, os mediadores transformativos extraem satisfação de seu ofício quando oportunidades de capacitação e reconhecimento [das partes] são reveladas no processo e quando é possível ajudar as partes a reagir nesse sentido.

Existem outras competências do mediador tratadas no âmbito da comunicação que merecem destaque na mediação familiar e que são comumente ressaltadas pela doutrina como “técnicas de mediação”, a saber.

A escuta ativa é essencial. O mediador deve ser bom ouvinte. A validação de sentimentos, por exemplo, auxilia o mediador a se conectar com as partes e com o que estão sentindo (a partir de valores e sentimentos destas), permitindo reconhecer aquilo que sentem como legítimos e que devem ser levados em consideração na mediação.

Para tanto, o mediador familiar deve se libertar dos seus próprios valores e paradigmas. Não lhe cabe interpretar ou julgar o que a parte fala e é recomendável atenção com expressões corporais e aspectos não-verbais.

Também a redefinição é uma outra ferramenta muito útil. Visa recontextualizar narrativas quando as partes fazem julgamentos, pois quase sempre estão afetadas por mágoas e ressentimentos.

Também as técnicas em perguntas são muito úteis ao mediador familiar, pois são canais que facilitam o entendimento do conflito e servem para estimular a reflexão e apresentação, por eles mesmos, dos reais interesses.⁵⁶

Perguntas abertas, fechadas, reflexivas ou circulares são as técnicas mais recomendadas dependendo do momento da mediação familiar e do objetivo a ser alcançado.

Todas essas ferramentas listadas acima, dentre outras, auxiliam a construção de uma relação de confiança (rapport) dos envolvidos em um clima de acolhimento e inclusão que garantirão o êxito da mediação.

Em suma: o mediador deve ser bom ouvinte (escuta ativa), ter paciência e estimular a comunicação. É bom lembrar que esses aspectos aqui tratados visam esclarecer aos envolvidos que a busca da paz, da resolução de conflitos não é algo que se alcance por decisões judiciais, pois é uma construção. Nesse sentido, a mediação familiar pode ser uma passagem para um ambiente harmônico e duradouro.

É claro que a mediação familiar tem a sua contribuição, mas nem sempre é exitosa ou provoca mudanças, cabendo, então, a escolha da parte interessada outras alternativas.

A partir destas reflexões, se é certo afirmar que a mediação, conceitualmente, é um processo exercido por um profissional visando a autonomia dos envolvidos na autocomposição de conflitos, temos que a base de sustentação do mediador é a comunicação, ética e afetividade.

O mediador, nesse sentido, conduzirá seus trabalhos, sua “estratégia” a partir da reconstrução do eixo denominado “relações afetivas”; relações dos pais com a família de origem; relações dos pais com os filhos e relações entre os pais.

Assim, quando os envolvidos, ao invés de judicializarem o conflito e o enfrentamento, são instados à mediação familiar para que as famílias retomem a reflexão, chegamos a algumas sugestões de ordem prática para o mediador familiar:

⁵⁶Veja-se, a respeito, CARDENAS, Eduardo José. *La mediación em conflictos familiares*. 2. Ed. Buenos Aires: Lumen, Hvmánitas, 1999, p. 117.

- i. Os filhos deveriam ser incluídos nos atendimentos (de forma cuidadosa e pontual) e nas sessões, desde que protegidos. Essa medida melhoraria a comunicação da família e os vínculos das partes, devendo a decisão de ser ou não ouvido dos pais em conjunto com o mediador;
- ii. Esclarecimento e distinção da conciliação e mediação; enfrentamento das resistências pelo s usuários e qualificação do mediador.
- iii. O tempo adequado para uma boa mediação é importante. É preciso tomar cuidado para que as sessões não se transformem em algo mecânico.
- iv. A análise das relações afetivas merece destaque e o litígio deve envolver a compreensão de aspectos culturais, sócio-econômicos e novos vínculos familiares dos envolvidos.

Pensando, portanto, a mediação familiar a partir da comunicação, trataremos a seguir o papel do mediador sob a ótica habermasiana.

4.3 A mediação como tratamento do conflito sob a ótica habermasiana: o papel do mediador

Sem a pretensão de esgotar o tema, dada sua profundidade e relevância, daremos ênfase no **papel do mediador** para compreender em que medida sua *performance* auxilia no resgate do diálogo.

Sabe-se que o diálogo pacífico e colaborativo conduzido pelo mediador representa, para a mediação, a principal ferramenta que possibilitará a identificação e a efetiva solução do conflito real pelas próprias partes, as quais deverão estar conscientizadas de seus direitos e deveres e da responsabilidade de cada um no contexto do litígio, buscando, ao final, encontrar uma alternativa que atenda aos objetivos comuns existentes entre elas, de forma a garantir maior eficácia do acordo.

Então, que papel o mediador desenvolve dentro desse trabalho? Ou ainda, como o mediador realmente protagoniza a mediação se o único recurso que dispõe é a comunicação?

Procuraremos restringir o recorte da mediação e enfatizar apenas na comunicação, que é a relação que se estabelece entre mediados e mediador. No

campo do direito, buscando publicações sobre a mediação, constata-se que é muito raro encontrarmos trabalhos que se debrucem sobre o papel do mediador em toda sua relevância. No mais das vezes, limitam-se a explorar ideias vagas de princípios e capacitação. Luis Alberto Warat foi o único estudioso sobre mediação que introduz a função de intérprete ao mediador.

Elegemos o pensamento do filósofo alemão Jurgen Habermas⁵⁷ a partir de sua obra *“Teoria do Agir Comunicativo”* (2012) como ponto de partida da fundamentação teórica.

Por que a teoria do Agir Comunicativo de Habermas será utilizada como critério de análise das atividades do Mediador de Conflitos?

Basicamente porque a própria Mediação de conflitos carrega princípios que se correlacionam com as categorias habermasianas. A Mediação é um método de resolução de conflitos exercido por terceiro, de comportamento imparcial e sem poder decisório, que escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula à comunicação, à identificação e desenvolvimento de soluções consensuais para controvérsia.

Princípios como a “Busca do consenso” (criar condições favoráveis para se encontrar uma solução compartilhada dos problemas), a “Isonomia entre as partes” (os envolvidos na situação de mediação receberão tratamento igualitário em todas as fases do procedimento), a “Autonomia da vontade das partes” (a forma de empoderamento das partes para gerenciar a melhor forma de solucionar os conflitos) e a “Oralidade e Informalidade” (acordo construído com base na comunicação) carregam componentes comuns à teoria habermasiana do Agir Comunicativo.

A teoria de Habermas possibilita, ainda, como critério de análise, criar condições para ler de forma crítica uma realidade e se possível gerar condições para reconstruí-la.

Para se alcançar esse raciocínio, em linhas gerais, a partir de seus estudos, Habermas sustenta que os conflitos sociais passaram a ser solucionados com a interferência cada vez maior do Estado: assim, as relações sociais foram positivadas

⁵⁷Filósofo e sociólogo alemão que participa da tradição da teoria crítica e do pragmatismo, sendo membro da Escola de Frankfurt. Dedicou sua vida ao estudo da democracia, especialmente por meio de suas teorias do agir comunicativo (ou teoria da ação comunicativa), da política deliberativa e da esfera pública. Ele é conhecido por suas teorias sobre a racionalidade comunicativa e a esfera pública, sendo considerado um dos mais importantes intelectuais contemporâneos.

e organizadas sistematicamente, ganhando força o papel da linguagem para atenuar os equívocos que ocorrem em um ambiente interativo.

O mundo da vida, de acordo com o pensamento de Habermas, surge dentro da ação comunicativa e se estrutura como o conjunto de convicções inquestionáveis a partir de três fundamentos simbólicos: (1) cultura, a reserva de saberes onde o participante da comunicação supre a si mesmo com interpretações acerca do entendimento do mundo; (2) sociedade, onde os participantes da comunicação regulam seus vínculos junto aos grupos sociais garantindo a solidariedade; e (3) personalidade, componente que torna o sujeito capaz de falar e de agir afirmando sua própria identidade.

Quando uma dessas fontes (cultura, sociedade ou personalidade) se rompem, cabe ao intérprete desempenhar papel hermenêutico, identificando as razões que levam à falta de entendimento. (HABERMAS, 2012, v. 2, p 246).

Para Habermas (1989, p.79), as interações comunicativas são aquelas em que:

[...] as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade. No caso de processos de entendimento mútuo linguísticos, os atores erguem com seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, pretensões de validade, mais precisamente, pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se refiram a algo no mundo objetivo (enquanto totalidade dos estados de coisas existentes), ou a algo no mundo social comum (enquanto totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas de um grupo social) ou a algo no mundo subjetivo próprio (enquanto totalidade das vivências a que têm acesso privilegiado). Enquanto que no agir estratégico um atua sobre o outro para ensinar a continuação desejada de uma interação, no agir comunicativo um é motivado racionalmente pelo outro para uma ação e adesão – e isso em virtude do efeito ilocucionário de comprometimento que a oferta de um ato de fala suscita.

Este diálogo de que trata Habermas, presente na mediação, todos participam na busca de um acordo, “possibilitando a transformação do tratamento do conflito e não o seu engessamento” (OLIVEIRA, 2012), apresentando-se a mediação, portanto, como um instrumento que reestrutura o diálogo e a prática do consenso, na forma como indica a teoria do agir comunicativo de Habermas.

Habermas utiliza a palavra “tradução” para definir que o intérprete deve buscar reunir os símbolos (cultura, sociedade e personalidade) entre pessoas. Mesmo porque, é bom frisar, “o conceito de subjetividade está no social e a construção de sentidos possíveis para cada mediador depende do atuar do

intérprete” (HABERMAS). Afinal, sozinha, a pessoa interpretará a situação de modo muito peculiar, seguindo suas peculiaridades pessoais.

Tal questão, que pode parecer retórica, nos afeta no dia a dia.

Tome-se o exemplo de conflitos familiares (disputa de guarda, visitas) ou até mesmo decidir o futuro de um parente próximo em estado de saúde debilitado. De fato, não estamos diante de uma solução tranquila no contexto familiar. Cada um se guiará segundo opiniões pessoais e contextos muito específicos. Qual caminho a seguir? Qual interpretação adequada? Poderá o caso ser resolvido auxiliado por um mediador?

Portanto, em uma relação continuada de caráter familiar, o conflito não surge somente por uma razão, na verdade é um conjunto de mágoas que se somam ao longo do convívio e envolvem profundas emoções, e é aqui que temos a mediação como um instrumento de restabelecimento do diálogo e da comunicação de forma a preservar e restabelecer o vínculo entre as partes através do agir comunicativo, pacificando o conflito.

Não se pode esquecer que a busca do sentido é justamente o elo que liga a teoria do Agir Comunicativo de Habermas e a prática da mediação de conflitos.

A tese de mestrado de Elisângela Pena Munhoz sob o título “O Mediador de Conflitos como Intérprete das partes: uma análise à luz da teoria do agir comunicativo” é o pano de fundo sobre reflexão crítica aprofundada do pensamento de Habermas e a busca dos sentidos dentro do diálogo e conflitos. Cita a autora em sua obra “a necessidade do mediador de trabalhar com a sensibilidade das partes, estimulando que os envolvidos se disponham a ouvir uns aos outros dentro da construção cooperativa de novos sentidos”. (p. 99/100)

Com base nesse pensamento, a questão abordada por Habermas está integralmente aplicada aqui.

Assim, a comunicação distorcida para Habermas é nitidamente uma patologia da comunicação, que está concebida como sendo o resultado da confusão entre ações orientadas ao entendimento mútuo e ações orientadas ao sucesso dos interesses privados do agente.

Durão e Durão, no artigo “Habermas sobre a comunicação sistematicamente distorcida” (2012) elaboraram uma releitura de textos do filósofo.

Salientam que, de acordo com Habermas, alguns elementos pré-linguísticos apontados pelo filósofo (inteligência operativa, estruturas do inconsciente e regras

de competência linguísticas) tem ligação direta com o próprio entendimento dos envolvidos que acarretaria uma comunicação distorcida. Dessa forma, salienta o doutrinador, se de um lado os sujeitos possuem aptidão para a formação do entendimento de maneira intersubjetiva, por outro lado, a falta de consciência dos sujeitos contamina a linguagem e coloca o próprio entendimento em risco.

Dentre os riscos do próprio papel de mediador, Elisangela Pena Munhoz assinala justamente o modo de atuação, pois não poderá estar envolvido objetiva nem subjetivamente correndo o risco de perder o controle da mediação ou se afastar de um dos mediados pela perda de sua “legitimação”. (p. 121/123). Daí porque Warat acaba concluindo que a mediação deve sair do eixo do direito e migrar para a interdisciplinariedade.

Sales (2004, p.171), analisando esta teoria habermasiana, afirma que:

A Teoria da Ação Comunicativa, de Jürgen Habermas (Theorie des Kommunikativen Handelns), procura um conceito comunicativo de razão e um novo entendimento da sociedade, ou seja, sociedade na qual os indivíduos participam ativamente das decisões individuais e coletivas conscientemente, ensejando-lhes a responsabilidade por suas decisões. Essa teoria entende o indivíduo como ente participativo que antes de agir avalia as possíveis consequências, tendo em vista, por exemplo, as normas e sanções apresentadas pelo ordenamento jurídico do país. Não age, portanto, mecanicamente.

Com isso, Habermas, “[...] amplia o conceito de racionalidade e designa como racionais os indivíduos que, frente aos seus padrões valorativos, tem a capacidade de adotar uma atitude reflexiva e, portanto, crítica [...]”. (CITTADINO, 2004, p.108).

Este diálogo, presente na mediação, no qual todos tem acesso, todos participam na busca de um acordo, prevalecendo o melhor argumento, permite o reconhecimento do outro enquanto diferente, “possibilitando a transformação do tratamento do conflito e não o seu engessamento” (OLIVEIRA, 2012, [s/p]), apresentando-se a mediação, portanto, como um instrumento que reestrutura o diálogo e a prática do consenso, na forma como indica a teoria do agir comunicativo de Habermas, que será abordada a seguir.

O próprio verbo “mediar” traz em si uma série de atos: questionar, ouvir, falar, buscando a reconstrução do diálogo entre as partes em conflito. A mediação pressupõe sessões (individual e conjuntamente) de modo que os envolvidos tenham liberdade para exprimir o que pensam a respeito do problema.

Quanto ao mediador, deve abster-se de propor soluções, manifestar opiniões, sugerir caminhos; afinal, o mediador não decide, não soluciona, não propõe, ele apenas caminha com os envolvidos, acompanha e constrói pontes para o diálogo, empoderando os mediados.

Afinal, é o discurso e não a crítica a forma de ação do mediador devendo sua ação limitar-se a isso, sem posicionar-se abertamente. O discurso de Habermas busca problematizar a própria fala criando uma argumentação aberta (HABERMAS, 2012, v. 1, p. 91).

Fiorelli (2012, p. 393) aborda as questões a serem tratadas pelo mediador de forma ilustrativa:

A mediação trabalha com as emoções, promovendo: deslocamento de emoções negativas para positivas; facilidade para migrar das posições enunciadas para fazer emergir os reais interesses dos participantes; concentração nas emoções positivas; desenho do futuro com base no sucesso das ações relacionadas com essas emoções. Focaliza-se o bom e trabalha-se para construí-lo. O resultado dessa estratégia é o apaziguamento, o que não significa reconciliação ou reatamento de relações interpessoais. A permanência de uma inimizade não implica na continuidade de um conflito, desde que exista cooperação para superá-lo, em benefício das partes.

Mas como capacitar o mediador para atuar de acordo com o agir comunicativo?

No Brasil, a formação do Mediador com base em competências é a forma adotada pelo Manual de Mediação do CNJ (2016)⁵⁸ que segue a recomendação da Resolução CNJ nº 125. O Manual enfatiza o papel da exposição dos formandos em situações problemas e atividades que simulam a prática combinada com o conhecimento teórico.

Mas no que essa técnica repercute e influencia o papel do mediador?

Ora, o mediador precisa desenvolver técnicas na busca do entendimento mútuo e do consenso. Mas de que modo?

Em primeiro lugar, todas as pessoas estão, em tese, aptas para se chegar ao entendimento com o outro em uma situação de fala. Parte-se do pressuposto de que o Mediador e as partes estão inseridas, dentro das sessões de Mediação de Conflitos, em um ambiente de comunicação regido por princípios jurídicos, normas e

⁵⁸ <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>
Acesso em 13.fev.2018

valores que determinam e limitam os discursos para evitar abusos de uma parte ou outra. Os envolvidos já carregam essa predisposição para o entendimento mútuo.

Portanto, todos os envolvidos são sujeitos competentes, do ponto de vista habermasiano, para atingir o consenso.

Em segundo lugar, eles necessitam de alguém que possa legitimar as intenções de 'mutualidade intersubjetiva', de coordenar as sessões, de verificar as regras e normas e garantir que as necessidades serão, pelo menos, expostas.

Vê-se que o Mediador não promove o consenso e o entendimento mútuo, eles já existem como pressupostos daqueles que optam por esse meio consensual de resolução de conflitos. O papel do Mediador é o de identificar as variações linguísticas e de interpretar as intenções dos falantes com a finalidade de reconhecer pedidos e necessidades.

Se os envolvidos na Mediação já possuem uma predisposição ao entendimento mútuo, já que são dotados das competências comunicativas e querem participar de um processo que visa um acordo, então, qual é a função do Mediador? Por que pessoas interessadas em chegar a um entendimento necessitam de uma terceira pessoa nesse processo?

Porque a comunicação é carregada de interferências. Ela fica entre um "consenso preexistente", já que toda a comunicação pressupõe a interação e o entendimento, e a "falta de compreensão ou a má interpretação, a falta de sinceridade intencional ou involuntária e a discórdia aberta ou dissimulada." (HABERMAS, 2002, p. 13).

Se a comunicação típica fica em um estado indeterminado, necessita-se de um sujeito capaz de perceber as variações e as intenções dos discursos. Esse é um papel importante do mediador, a serviço da ação comunicativa. Os interesses particulares não são provenientes das partes, mas sim do Mediador e seu interesse é o de provocar o consenso e o entendimento.

Em terceiro lugar, as competências comunicativas e interpretativas auxiliam na formação do Mediador.

Para isso, será necessário o desenvolvimento das habilidades de promover a comunicação conciliatória e de ouvir pedidos e interpretar interesses particulares ou de consenso. Esta habilidade só se consegue se a postura do Mediador for a de estimular o entendimento mútuo por meio da compreensão de diferentes visões de mundo e a de detectar os enunciados proposicionais e enunciados comunicativos.

Nesse sentido, a Ética do Discurso de J. Habermas é uma tentativa de repensar as ações humanas dominadas pelas ações estratégicas. Sua principal função é resgatar e conciliar as normas morais abaladas e que já existem no próprio conflito.

Em quarto lugar, o processo de Mediação é contaminado por uma racionalidade instrumental. De uma perspectiva habermasiana, a Mediação é um conjunto de habilidades que são operacionalizadas dentro de uma racionalidade afeita a fins pretendidos. Essa racionalidade baseia-se no desenvolvimento de uma técnica aplicada na busca do entendimento mútuo e do consenso. Esta racionalidade transforma a atividade de mediação em “trabalho instrumental” do qual contamina todas as esferas do mundo da vida. (HABERMAS, 2014).

Chegados a este ponto e esclarecidos sobre o conceito de Mediação Familiar, torna-se importante compreendermos o seu papel no seio da família, qual o seu contributo e quais os seus objetivos.

4.4 Princípios da mediação

A mediação possui alguns princípios essenciais. Assinala Ozório Nunes (2016, p. 58) que a palavra princípio dá ideia de norte para orientar o espírito da lei, sua aplicação e integração com outras normas, além da própria conduta do mediador.

Neste item serão apresentados os princípios norteadores da Mediação. O Código de Ética de Mediadores e Conciliadores Judiciais, anexado à Resolução nº 125 do CNJ, o CPC/2015 e a Lei de Mediação apresentam a essência do trabalho de mediação.

O art. 166 do CPC/2015 apresenta que a “conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”. O mesmo artigo, nos §1º, §2º e §4º, destaca a confidencialidade, o sigilo e a livre autonomia dos interessados, respectivamente.

A Lei de Mediação em seu art. 2º apresenta os princípios orientadores. São eles: “I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.”

Os princípios da mediação no CPC/2015 são a base para os princípios apresentados pela Lei de Mediação. Porém, os princípios da “independência e da decisão informada” do Código de Processo Civil não são explícitos na redação da Lei de Mediação. Assim como, “isonomia entre as partes, busca do consenso e a boa-fé” só aparecem na Lei de Mediação.

A Professora Sales (2004, *passim*) aponta os princípios da mediação de conflitos em sua obra: “Justiça e mediação de conflitos”, quais sejam: liberdade das partes, não competitividade, poder de decisão das partes, participação de terceiro imparcial, competência do mediador, informalidade no processo, confidencialidade no processo.⁵⁹

O desenho institucional dos programas de mediação e procedimento adotado encontram-se, igualmente, no Manual da Mediação e Conciliação publicado pelo CNJ⁶⁰ e, a seguir, faremos breves considerações sobre os princípios norteadores.

4.4.1 Os princípios de mediação descritos exclusivamente no CPC/15

a) Independência

Trata da atuação do mediador livre de pressões externas provenientes dos Tribunais⁶¹ ou das relações econômicas envolvidas na mediação, além de versar sobre as pressões internas geradas pelo relacionamento do mediador com a partes.

Na eminência de ocorrer a mediação sob influências, relações ou dependências entre o mediador e as partes, na impossibilidade de atuar sem pressões externas ou das influências internas, a sessão deverá ser suspensa ou interrompida. Logo, é seu dever revelar às partes a existência de fato anterior que permita a formação de eventual dúvida sobre dependência ou ligação antes de aceitar o encargo de mediar as partes.

⁵⁹O Código de Ética dos Mediadores, adotado pela maioria das Instituições de mediação no Brasil, tais como o do Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem- CONIMA- aponta como princípios da mediação: imparcialidade, credibilidade, competência e confidencialidade.

⁶⁰<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em 22.mai.2018.

⁶¹Os Tribunais criarão quadros estatísticos anuais para demonstrar a eficiência dos métodos de solução de conflitos para diminuir o número de eventos judicializados.

b) Decisão informada

A legitimidade do procedimento de mediação ocorrerá a partir do momento em que os participantes são informados com clareza sobre as atividades, etapas e estratégias utilizadas durante as sessões. Importante, também, são as informações relacionadas aos direitos e deveres de todos os envolvidos.

4.4.2 Os princípios da mediação exclusivos da Lei de Mediação

a) Isonomia entre as partes

Os envolvidos na situação de mediação receberão tratamento igualitário em todas as fases do procedimento. Este princípio se revela nas oportunidades de manifestação, nas formas de exposição das opiniões e no tempo de comunicação das partes. O princípio da isonomia justifica e fortalece o princípio da imparcialidade e neutralidade do mediador. Se houver necessidade, as partes precisam contar com o apoio de advogados ou Defensores Públicos.

b) Busca do consenso

A busca pelo consenso e pelo entendimento mútuo é a essência do trabalho de mediação, ou seja, criar condições favoráveis para se encontrar uma solução compartilhada dos problemas. Desde o início do procedimento, passando pela escolha da mediação como método de solução, na escolha do mediador, até a busca da solução favorável, revela-se a necessidade do consenso entre as partes.

c) Boa-fé

De acordo com o art. 5º do Código de Processo Civil “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Ao participar dos procedimentos de mediação, as partes são regidas também pela cláusula geral da boa-fé. A boa-fé consiste na conduta dos participantes de forma honesta, leal e proba. Para a construção do consenso é necessário a postura

sincera dos participantes da comunicação no momento de expor seus interesses e aceitar o bem comum.

4.4.3 Os princípios da mediação comuns entre o CPC/2015 e a Lei de Mediação

a) Autonomia da vontade das partes

Em razão da natureza cooperativa da mediação, as partes devem ser livres para iniciar o processo de mediação, bem como para dele desistirem a qualquer fase.

A responsabilidade pelas decisões tomadas é das partes e estas devem, livremente, cooperar no processo de mediação.

A mediação deve ser, prioritariamente, voluntária. Mesmo nos casos em que é obrigatória a mediação como fase preliminar à fase de julgamento, as partes, mesmo sendo obrigadas a comparecer, podem manifestar a sua recusa a participar do processo, devendo, sempre, serem consultadas quanto à aceitação da submissão do caso ao processo de mediação.

Na mediação voluntária, essa liberdade pode ser observada durante todo o procedimento, desde a escolha pelo método, pelo mediador, bem como pela solução encontrada. Atualmente, é a modalidade utilizada no Brasil.

O princípio da voluntariedade é relativizado pela lei processual civil nas causas envolvendo litígio coletivo pela posse (artigo 565, CPC) e nas ações de família (artigo 694, 695, 696) para as quais a lei obriga o procedimento da mediação.

b) Confidencialidade

A mediação visa à obtenção de um acordo satisfatório para ambas as partes. É só através do consenso que se torna possível alcançar soluções que atendam aos interesses das partes.

Trata-se de um princípio fundamental da mediação, pois, sem a confidencialidade, a confiança das partes no mediador diminui, a comunicação se retrai e a exploração de opções e alternativas se dificulta, comprometendo o êxito da mediação (CAIVANO, GOBBI e PADILLA, 1997, p. 215).

Todas as informações reveladas nas sessões de mediação, sejam estas conjuntas ou individuais, são protegidas contra a publicidade ou qualquer tipo de divulgação no âmbito externo ao processo.

Para Ricardo Goretti Santos, sem a garantia de sigilo, o tratamento do problema será afetado, pois assuntos delicados poderiam ser explicitados e prejudicar ainda mais a relação. Com a garantia de sigilo, as pessoas têm a segurança necessária para tratar dos problemas na sua integridade, sem omitir detalhes importantes para a sua administração.

O princípio da confidencialidade⁶² e algumas exceções tiveram especial destaque no artigo do artigo 2º, VII da Lei de Mediação e mereceu nova abordagem na Seção IV, artigos 30 e 32 da referida Lei. No CPC também aparece com destaque (artigo 166⁶³, §1º e 2º e 173, I). O destaque é compreensível, pois um dos grandes méritos da mediação é exatamente a confiança das partes no sigilo absoluto de todas as informações trazidas durante o processo.

⁶²Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação. § 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando: I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito; II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação; III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador; IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação. § 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial. § 3º Não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública. § 4º A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no caput prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional. Art. 31. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.

⁶³Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. § 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. § 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

c) Informalidade e Oralidade do procedimento. A mediação *on-line* nos conflitos familiares.

A mediação não está restrita a nenhum sistema normativo preestabelecido, não há regras fixas, a fim de possibilitar a adaptação da mediação ao caso no qual está sendo aplicada.

A estruturação e o desenvolvimento do processo de mediação dependem das circunstâncias e das questões peculiares de cada caso.

O processo de mediação deve ser ajustado a cada casal, respeitando o tempo de cada um, a fim de que as decisões sejam adaptadas a cada família e, assim, dotadas de eficácia.

Acertou a lei, pois a mediação deve ser regida pela informalidade e não deve haver padrões prontos para o transcorrer das sessões, protocolos definidos ou regras rígidas.

Para Miranda Netto, Soares e Almeida (2015, p. 112/113) a informalidade como princípio na mediação traz consigo a simplicidade com que o procedimento deve pautar. Na verdade, a informalidade do procedimento depende da sensibilidade do mediador para com as partes na condução do processo, seja por meio da linguagem de que faz uso, como se veste (usar terno e gravata remete a um ambiente mais formal), bem como expressões faciais que apresenta (uma postura sisuda pode denotar um distanciamento das partes no procedimento).

Há que se pontuar a possibilidade de mediação *on-line* prevista na Lei de Mediação, em seu artigo 46 ao dispor que “poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.”

Trata-se de importante inovação que revela a intenção do legislador de disseminar a prática de mediação, atendendo a uma necessidade contemporânea de rapidez nas comunicações.

A realização de mediação *on-line* ainda provoca desconforto, pois haveria comprometimento ao caráter pessoal das negociações e ao êxito no resgate da comunicação dos envolvidos.

A preocupação do formato online reside na garantia do controle à técnica de mediação, ao procedimento e garantia das partes. Por outro lado, os mediadores

deverão desenvolver habilidades específicas para interpretar à distância os sentimentos das partes e a ocorrência de vícios no consentimento.

Todavia, é bom salientar, acreditamos que essa inovação não parece adequada para conflitos familiares e quaisquer outros que envolvam relações continuadas que se projetam para o futuro.

Para casos complexos, Ozório Nunes (2016, p. 60) ensina que será necessário o aprofundamento na análise do conflito, da verificação dos interesses e das necessidades, que demanda soluções co-construídas que necessariamente são presenciais.

d) Imparcialidade

O mediador deve ser imparcial nas suas relações com as partes. A imparcialidade do mediador não pode ser confundida com passividade ou neutralidade absoluta, mas sim permitir no âmbito de efetividade, que o acesso seja igual para todos.

Ele não julga as partes, não discute o mérito da lide, nem pode inclinar-se para o lado de qualquer das partes em disputa.

Sinaliza que o mediador não possa sofrer interferências capazes de reduzir sua atuação perante as partes; por que razão, durante seu desempenho eles são dotados de autonomias para conduzir a negociação da melhor forma e no interesse dos litigantes, desde que não excedam os limites legais, morais ou impostos pelos próprios envolvidos. (TARTUCE, 2015, p. 197/198).

Comenta Ricardo Gorreti Santos, a imparcialidade é atributo indispensável à figura do mediador. Traz uma postura de equidistância deste terceiro em relação às partes e ao resultado que possam chegar. O mediador não atua junto aos mediados no sentido de favorecê-los, mas sim, de auxiliá-los na tarefa da pacificação autocompositiva do conflito.

4.5 Os principais conflitos familiares e a mediação

4.5.1 Responsabilidades parentais

Esta é a questão mais importante a ser resolvida pela mediação nos casos de dissolução de união de casais com filhos.

Visa determinar como serão exercidos os direitos e deveres decorrentes da parentalidade da prole, decidindo-se acerca de todas as questões referentes aos filhos, tais como residência, acesso a cada um dos pais, escolaridade, etc.

Um dos principais objetivos é o de educar os pais, fazendo-os compreender a necessidade da separação dos papéis de pais dos papéis de cônjuges, a fim de evitar-se que os pais perfilhem condutas como dividir a raiva do outro cônjuge com os filhos; usar os filhos como confidentes, como se os mesmos já fossem adultos; ver os filhos como propriedade; não permitir o acesso do filho ao cônjuge que não é o detentor de sua guarda com o intuito de vingança.

É preciso que a criança tenha em mente que não foi ela a causa da separação, que nada podia ter feito para impedi-la no passado, que não será capaz de muda-la no futuro e, ainda, que, não obstante a dissolução do matrimônio, o amor que os pais por ela sentem continua.

É recomendável uma mudança de linguagem no processo de mediação, substituindo-se termos como casamento falido, lar arruinado, guarda e visitação, por fim do relacionamento, casa da mãe, casa do pai, parentalidade, acesso e residência.

Como temas a serem considerados na negociação, apontam-se a guarda, a residência, o compartilhamento da tomada de decisões, o acesso, os calendários, feriados, dia dos pais, dia das mães, férias de verão e escolares, acesso telefônico aberto, contato com a família extensa (tios, avós, primos), divisão das despesas, manutenção do nome da família e as mudanças futuras que se fizerem necessárias para melhor se adequar às necessidades dos filhos em uma determinada idade.

No que se refere à guarda, no próximo tópico trataremos especificamente sobre o atual modelo de guarda compartilhada.

É preciso, principalmente nessa questão, que todas as decisões sejam tomadas visando sempre ao melhor interesse das crianças. A mediação pode

oferecer aos pais a possibilidade de centrar-se somente nas necessidades dos filhos, amenizando o clima de hostilidade.

Quanto à inclusão da criança no processo de mediação, o mediador deve pautar a decisão refletindo sobre as consequências potencialmente negativas. Deve-se considerar, por um lado, que a participação da criança ocasionará eventualmente sentimentos de culpa, ansiedade e frustração e, ainda, representa uma diminuição do poder de decisão dos pais.

Por outro lado, a participação dos filhos na mediação, dependendo da forma como é feita, respeitando-se, obviamente, a sua idade, permitirá protagonismos nas escolhas. Os principais argumentos são o de que a criança precisa saber que os pais estão se separando, ser amparada no momento da separação e ser informada sobre o que vai acontecer com ela, diminuindo-lhe a angústia causada pela incerteza. É preciso, também, que a criança perceba que seus pais ainda são capazes de manter uma comunicação.

Sendo caso de optar pela inserção da criança/adolescente na mediação, o mediador deve estar atento a alguns pontos, como por exemplo: a) Idade da criança e como ela está reagindo à separação dos pais, a fim de procurar uma boa abordagem; b) Ambiente aconchegante, que remonte à ideia de lar, para que a criança se sinta à vontade; c) Procurar não manter a criança, bem como seus pais, em uma sala de espera com mais pessoas, como forma de manter o sigilo da mediação e preservar a identidade da criança; d) Verificar se a presença dos pais no momento em que o mediador houve a criança é benéfica ou estes atrapalham/intimidam a criança.

É mister ressaltar que cada explicação deve ser adaptada à idade da criança, razão pela qual o mediador deve ter conhecimento de tais necessidades, a fim de informar os pais envolvidos e facilitar a comunicação destes com seus filhos.

Ademais, a participação da criança no processo de mediação pode fornecer ao mediador dados e informações de fundamental importância para o desenvolvimento de opções, indicando as reais necessidades da criança e suas preferências.

Faz-se necessário que o mediador domine técnicas e possua um treinamento especializado para a oitiva da criança no processo de mediação (e de novo mostra-se clara a interdisciplinariedade anteriormente estudada), procedendo a uma adequada preparação da criança, à sua abordagem e ao seu questionamento.

As técnicas de competências estruturadas no Manual de Mediação do CNJ⁶⁴ permitirão capacitar os mediadores na pacificação de conflitos familiares a partir do desenvolvimento de competências autocompositivas, perceptivas, comunicativas, cognitivas e emocionais.

Sendo assim, cabe ao mediador lembrar aos mediados para velarem pelo melhor interesse das crianças e adolescentes e também intermediar o diálogo entre os pais e os filhos.

É importante lembrar que essas crianças e adolescentes ainda são pessoas em formação, em sendo assim, cabe ao mediador identificar qual o estágio de desenvolvimento e também qual a capacidade de compreensão acerca do sentido e do alcance da intervenção respectiva desse jovem para que possa melhor se comunicar.

4.5.2 Guarda Compartilhada

Na constância do casamento ou da união estável é comum divergências sobre a melhor maneira de se cuidar/educar os filhos. O desafio que se coloca é ainda maior após a dissolução do vínculo. Existe, afinal, um momentâneo desajuste familiar e uma necessidade de recomposição dos papéis. Os filhos, por seu turno, experimentam dois traumas: a ruptura do vínculo e a perda da continuidade do vínculo parental de um dos pais.

O ideal é criar algum mecanismo para que prevaleça ativamente as funções parentais dos genitores. A realidade mostra, no entanto, o contrário. O que se observa é que, após o divórcio, a mãe continua com a guarda unilateral, restando ao pai visitas esporádicas.

Essa situação – de manutenção do modelo tradicional de família – é sempre prejudicial aos filhos, pois categoriza a figura paterna como mero provedor/visitante e gera um natural afastamento do genitor não guardião.

Diante desse quadro, com a entrada em vigor da Lei nº 13.058/2014, foi criado oficialmente o instituto da guarda compartilhada dos filhos. Com o novo regulamento, a guarda compartilhada tornou-se regra.

⁶⁴<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em 22.mai.2018.

Dias (2011, p. 1) considera um avanço o novo modelo, “[...] pois favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores e retirando da guarda a ideia de posse”.

A Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, considera a guarda compartilhada o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas. Ademais, acredita que esse modelo reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual, com o objetivo de acabar com as rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais⁶⁵.

Estabelecer a rotina de um menor de idade não é tarefa simples, assim como repartir responsabilidades dos genitores. Com a guarda dele compartilhada, torna-se necessário estabelecer qual será a residência fixa, como serão feriados; datas festivas, como aniversários, natal e ano novo; finais de semana; quem leva e busca na escola, na natação, no ballet, no inglês, dentre outras atividades. Logo, pai e mãe terão direitos e obrigações distintos e complementares.

Embora o número de guarda compartilhada tenha mais do que dobrado nos últimos anos, a evolução dos levantamentos do IBGE⁶⁶ indicam que, em 2010, 87,3% dos divórcios concedidos no Brasil tiveram a responsabilidade pelos filhos delegada às mulheres. Porém, houve o crescimento do compartilhamento da guarda dos filhos menores entre os cônjuges, que passou de 2,7% em 2000 para 5,5% em 2010. Após a lei que criou a guarda compartilhada, de 2014 para 2015, houve aumento na proporção de guarda compartilhada entre os cônjuges de 7,5% para 12,9%, respectivamente.

Esses índices revelam que ainda temos um longo caminho a ser percorrido no sentido de incentivar uma participação mais atuante dos genitores paternos. A própria sociedade, por questões culturais, traz a noção de que cabe à mãe o dever de ficar com os filhos como se a maior ou menos capacidade estivesse ligada ao gênero.

⁶⁵Ver “Recurso Especial nº 1.428.596 - RS (2013/0376172-9)” (STJ, 2014).

⁶⁶<<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/2013-agencia-de-noticias/releases/14134-asi-registro-civil-2010-numero-de-divorcios-e-o-maior-desde-1984.html>>. Acesso em 22/05/2018

Quando a mulher aceita dividir responsabilidades, existe um preconceito e censura da sociedade. O genitor, por outro lado, não é tratado da mesma maneira quando é ausente da criação dos filhos.

Em casos dessa natureza, a mediação é uma excelente forma de transformação do conflito. Águida Arruda Barbosa (2014, p. 29), uma das pioneiras no Brasil, afirma que a mediação tem uma linguagem própria, “que não comporta julgamento e exclusão”. Trata-se de uma dinâmica fundada na intersubjetividade que busca a promoção do diálogo dos envolvidos.

Na disputa da guarda, muitas vezes, “os filhos acabam se transformando um bem – aqui entendido como objeto – dentre os bens pelos quais se briga.” (DUARTE, 2014, p. 233/234).

O mediador seria útil no direcionamento dessas questões para que as próprias partes concluam a melhor maneira a ser feita a solução do conflito, pois incentiva-se uma mudança de mentalidade para se deixar de procurar culpados na busca do melhor interesse dos filhos.

Barbosa (2003, p. 87/88) assinala que a mediação nos conflitos familiares “envolve a utilização da linguagem ternária e se fundamenta no reconhecimento do outro, que se encontrava encoberto pela ausência de diálogo”.

Portanto, quando há diálogo e cooperação entre os pais, a guarda compartilhada pode ser um caminho apropriado. São inúmeras as vantagens, destacando-se a maior participação dos pais na criação dos filhos e uma aproximação mais dos envolvidos, além da responsabilidade conjunta no exercício do poder familiar.

Em respeito à capacidade de autodeterminação das pessoas, os envolvidos devem estar preparados para definir os caminhos do seu destino na busca da corresponsabilidade parental, sabendo identificar o melhor para si, sem a necessidade de uma sentença impositiva de alguém que desconhece os detalhes de sua relação. Exige-se, é certo, um total comprometimento de ambos cabendo ao mediador possibilitar a formação de alianças entre eles.

Sob esse ângulo, a mediação é vista como uma oportunidade de solução do conflito a partir da reflexão quanto ao papel de cada membro da família. A técnica possibilita aos pais exercerem a empatia não somente em relação aos filhos, mas também em relação ao ex-companheiro ou ex-cônjuge controvertida (TARTUCE, 2015. p. 324).

É perceptível que a temática da mediação não envolve apenas aspectos jurídicos. A sociologia, a psicologia, a filosofia – dentre outras áreas – precisam atuar de forma colaborativa, buscando uma abordagem adequada e eficiente para viabilizar a comunicação entre as partes.

Importante considerar que o modelo da guarda compartilhada nada tem a ver com o período de convivência com cada genitor, muito embora devemos ponderar que se exige tempo suficiente para que o pai não residente possa se envolver em todos os aspectos da vida da criança. O foco aqui não é o tempo, mas a qualidade da relação paterno-filial.

Na perspectiva do melhor interesse dos filhos, na qual se constata a relação eterna que terão os dois ex-cônjuges (ou simplesmente pais), percebe-se a pertinência da mediação como método de abordagem do conflito familiar. Independentemente de serem pais, mães ou parentes de qualquer outra ordem, estes sempre devem ter em mente que o melhor interesse a ser buscado é o da criança ou do adolescente.

4.5.3 Alienação parental

Na sociedade moderna, as famílias vivenciam, não raras vezes, relacionamentos conturbados onde são comuns os rompimento conjugais e os rearranjos das famílias. Neste contexto, os membros da entidade familiar experimentam situações difíceis, especialmente os filhos, já que nos divórcios se exige que se defina a base de moradia dos filhos (estes, as vezes, passam a ter duas casas) e convivem com constantes agressões entre seus pais, sendo que na maioria das vezes as próprias crianças são o objeto das brigas.

É incontestável o direito das pessoas reconstruírem suas vidas e buscarem a felicidade de outra maneira, com outros companheiros, mas os filhos das uniões desfeitas, por vezes pagam um preço alto demais.

A raiva e angústia de um ex-cônjuge/companheiro é direcionada de forma irracional para os filhos que passam a ser usados em uma verdadeira campanha de desmoralização direcionada contra o outro genitor numa espécie de programação das emoções do filho contra o pai/mãe. Tal comportamento é denominado Síndrome de Alienação Parental e representa sérios prejuízos na vida e desenvolvimento da

criança, além de sérias implicações para o próprio familiar alienado que se vê privado da companhia do filho.

Neste contexto, resta absolutamente nítida que a solução pela via judicial pode potencializar o grau de beligerância dos envolvidos. O tratamento mais adequado desse tipo de questão passa pela mediação e, ainda, por encaminhamento dos adultos em serviços auxiliares prestados nos CEJUSCs com o objetivo de desenvolver a convivência saudável entre pais e filhos, mesmo após a ruptura do vínculo conjugal.

Comenta Dias (2007, p. 11):

Certamente que todos os que se dedicam ao estudo dos conflitos familiares e da violência no âmbito das relações interpessoais já se depararam com o fenômeno que não é novo, mas que vem sendo identificado por mais de um nome. Uns chamam de **“Síndrome da Alienação Parental”**; outros de **“Implantação de Falsas Memórias**. [Grifo da autora]

E pondera a autora:

A criança é induzida a afastar-se de quem ama e de quem também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando orfão do genitor alienado, acaba se identificando com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo o que lhe é informado.

A síndrome da alienação parental pode se desenvolver das mais variadas formas: restrição a telefonemas, presentes enviados são recusados, cartões de felicitações são interceptados, entre outras atitudes que são tomadas com a clara intenção de excluir qualquer acesso do genitor alienado ao filho. A criança é levada a crer que é amada somente pelo genitor patológico, passa a demonstrar ódio e ressentimento pelo outro genitor para garantir o afeto do detentor da guarda. O sentimento de vingança do alienador pode ser tão extremo ao ponto de incutir memórias de um falso abuso sexual cometido pelo alienado. Talvez chegue a fazer denúncia criminosa com o fim de evitar o convívio do filho com o outro genitor.

Retomando as mesmas perguntas colocadas no capítulo anterior, que reflexão caberia dentro da mediação em casos dessa natureza? Outrossim, o alienador é imputável? Qual a importância do agir comunicativo de Habermas para eliminar as resistências na atuação do mediador e a disposição dos mediados de superarem antagonismos?

Em casos de tamanha gravidade, a mediação, acompanhada de outras técnicas acessórias amplamente utilizadas, tais como clínica de casais,

harmonização familiar, etc...) tem por objeto a comunicação adequada entre os membros da família e certamente é o mecanismo mais eficaz, como explica Conrado Paulino da Rosa (2009):

Nos procedimentos de mediação familiar brasileiros algumas definições se apresentaram após o desenvolvimento dos trabalhos: a) em casos de separação e divórcio o procedimento é feito com o casal, mas pode estender-se a todo o grupo familiar; b) o caminho para chegar ao acordo depende da habilidade do mediador e da disposição real de cada parte em mudar conceitos e atitudes próprias evitando a conduta litigiosa; c) o mediador deve contar com o auxílio de um supervisor ou um co-mediador de preferência com qualificação profissional diferente da sua própria; d) o mediador trabalha com a relação familiar, com a relação do casal; e) os dois negociadores são pais e/ou duas pessoas que construíram uma vida em comum, uma sociedade conjugal ou familiar; f) o consenso ajuda a reorganizar a vida comum do casal, em prol dos filhos, bem como a vida familiar no caso de contendas entre pais e filhos.

Tamanha é a importância desse assunto que foi promulgada a Lei nº 12.318/2010, conhecida como o marco legal da síndrome da alienação parental. A lei não só definiu como também tratou de elencar exemplos de atos que podem caracterizar a alienação parental⁶⁷.

4.5.4 Divórcio

Outro exemplo que também envolve necessidade de mediação são os pedidos de divórcio que, a rigor, até não demandaria grandes esforços, porque a legislação brasileira facilitou a sua realização, mormente com a edição da Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. É comum o cônjuge não “assinar” o divórcio para prejudicar o outro.

⁶⁷Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

De todo modo, diversas são as causas que provocam o fim de um casamento. E muitos desses conflitos provocam confrontos que, quando chegam ao judiciário, podem ser resolvidos de forma litigiosa ou consensual.

É possível notar que, às vezes, existe vontade de manter o vínculo conjugal. Muitas dessas desavenças poderiam ser resolvidas sem a necessidade de um intermediário. A dificuldade para que os envolvidos resolvem eles próprios os conflitos está no fato de que a gênese encontra-se na própria dificuldade de comunicação.

Por estarmos dentro de uma sociedade mais dinâmica, as relações humanas tornam-se mais fluidas e o desgaste da convivência torna-se inevitável. Lembrando que a separação do casal gera crises sistêmicas não somente na família nuclear, mas também na ampliada.

A mediação familiar, diante desse novo contexto, emerge como instrumento apto a propiciar às pessoas uma dissolução menos traumática (ainda que não envolva filhos) ou, até mesmo, eventual reconciliação propiciada pelo resgate da comunicação e reorganização familiar.

Vale salientar que a família, dentro de uma análise sistêmica, estabelece-se pela união de pessoas, aqui consideradas sistemas familiares que, somados, criam e conformam um único sistema completamente distinto dos anteriores.

A família não deixa de ser um sistema aberto, devido à interação de seus membros, uns com os outros, e também pela comunicação e influência dos membros com personagens de fora do núcleo de sorte que as atitudes dos membros influenciam e são influenciados por todo esse movimento.

A obra “As estruturas do parentesco”, de Lévi-Strauss (1976), foi decisiva para a dimensão cultural da família, focalizando as discussões para o sistema de parentesco como um todo e não apenas em relação aos aspectos biológicos.

Desse modo, a família pensada pelo método sistêmico pode ser vista como um sistema aberto em que as pessoas se comportam, se organizam e (re)agem segundo paradigmas de comunicação de acordo com regras e aspectos próprias do núcleo familiar.

Do ponto de vista da comunicação, a família em conflito se insere em uma onda de extrema dificuldade em colocar-se no lugar do outro e rigidez em tentar novas formas de resolver problemas. Do ponto de vista de estrutura, os papéis são mal definidos. Do ponto de vista dinâmico, há, em muitos casos, dificuldade em

assumir a função de pais, com suas responsabilidades e limites, bem como dificuldade em estabelecer objetivos familiares e organizar-se para atingi-los. (WEITZMAN, 1985).

De qualquer forma, tudo deve ser conhecido e analisado em relação ao seu sentido e dentro do contexto em que aconteceram, para que adquiram um significado.

A Pragmática da Comunicação Humana concluiu que o comportamento humano é, pelo menos em parte, determinado pela experiência prévia (WATZLAVICK; BEAVIN; JACKSON, 1967, p.40).

Podemos, às vezes, não entender o porquê de um comportamento; mas quando isso acontece, muitas vezes, podemos encontrar uma resposta se formos em busca do para quê. (WATZLAVICK; BEAVIN; JACKSON, 1967, p.41).

Outra mudança importante trazida pela Pragmática da Comunicação Humana é a noção de que, do ponto de vista comunicacional, qualquer item de comportamento só pode ser estudado se inserido no contexto ao qual pertence.

Consequentemente, dentro do estudo a que nos propusemos, é certo afirmar que a mediação com aplicação de técnicas de interdisciplinariedade, surgem como uma forma de pacificar o conflito sem a energia que seria gasta (inutilmente) durante a tramitação de um processo judicial.

Tome-se como exemplo o projeto “Fortalecendo vínculos” dentro da Casa da Família de São Vicente que busca casais que enfrentam problemas conjugais e que desejam discutir os problemas vivenciados a fim de amenizar ou mesmo solucionar conflitos familiares com o intuito de evitar separações ou simplesmente melhorar o relacionamento conjugal.

Mas não é apenas isso. Seu efeito profilático é evidente e inúmeros são os pontos positivos: (i) favorece o desenvolvimento dos filhos dentro de um cenário mais favorável que não compromete sua saúde física e mental; (ii) diminui o desgaste emocional dos envolvidos; (iii) estimula a comunicação entre as pessoas; (iv) viabiliza o aprendizado de uma forma não-adversarial de negociação de diferenças e desentendimentos; (v) aumenta a utilização do diálogo como veículo primeiro de composição para as discordâncias por vir; (vi) convida a dirigir o olhar para o futuro; (vii) ensina a não manter o passado como referência para o relacionamento atual e futuro; (viii) desenha uma convivência socialmente pacífica;

(ix) reduz os custos emocionais, de tempo e financeiros; (x) reduz a incidência de demandas judiciais.

4.5.5 Divisão da propriedade

No tocante à divisão de bens, a negociação deve ser desenvolvida em quatro etapas.

A primeira fase consiste na identificação dos bens, a fim de que seja oferecida uma base de dados para que sejam tomadas as decisões.

A segunda fase corresponde à análise dos bens, visando a uma compreensão completa de cada um dos bens e à relação de cada qual com o valor total do patrimônio do casal.

A avaliação dos bens é a terceira fase e objetiva que se conheça o valor de cada um dos bens.

E, por derradeiro, a fase da divisão dos bens, a partir de critérios legais, encontrar alternativas razoáveis. Nesta fase, faz-se necessário ter em vista o regime de bens do casamento, devendo o casal concordar sobre os bens que, consoante ao regime, não serão incluídos na partilha. Nesta etapa, considerando que o mediador nada decidirá e buscará a convergência de interesses tão antagônicos, descaberia impor soluções apenas de acordo com lei. Logo, o mediador deve, sempre, fazer com que as partes estejam bem informadas a respeito de seus direitos e obrigações. O objetivo da negociação da divisão dos bens na mediação é repartir o patrimônio de maneira justa e equitativa, de acordo com as necessidades de cada um.

A divisão da propriedade acaba sempre simbolizando a concretização do fim do casamento e é comum ocorrer manifestações de dúvidas e oscilações das partes.

Os momentos de partilha são delicados porque fazem coexistir a dor da perda de uma pessoa querida com o contentamento por ganhos materiais possibilitados por essa perda. Os momentos de partilha são árduos porque revelam, não raramente, que indivíduos unidos pelo parentesco guardam, por vezes, distâncias afetivas abissais. Eles precisam administrar as mais diferentes percepções sobre a legitimidade de cada um com relação à distribuição do patrimônio a ser herdado.

A Mediação nas situações de partilha de bens é uma qualidade de negociação que envolve múltiplas partes e múltiplos interesses e que sobrepõe interesses e necessidades afetivas a interesses e necessidades financeiras. Afetos e desafetos são reivindicados por meio de valores materiais, e atender ou não o desejo de alguém pode constituir-se em objetivo nas negociações que ocorrem nesse momento de convivência familiar.

Vale considerar que, por envolver certos parâmetros legais mais inflexíveis, é temerário que o mediador não afeto à área jurídica trate desse assunto de modo que, havendo dúvidas dos envolvidos ou relações econômicas mais complexas, recomenda-se postergar a solução desse tema.

4.5.6 Violência doméstica

Historicamente, as relações familiares sempre foram formadas através de práticas de dominação e subordinação da mulher. Quando a dominação se situa dentro das relações conjugais, é nomeada como violência doméstica.

No que diz respeito à violência contra o gênero e à defesa dos direitos da mulher, partimos do pressuposto que a Justiça Retributiva não oferece a melhor resposta para sociedade, nem possui o condão resolutivo e restaurador necessário à apreciação do conflito. Na verdade, acredita-se que fomenta e gera violência e reincidência. As críticas ao modelo retributivo e à prisão, como “pena das sociedades civilizadas” (FOUCAULT, 1987, p. 195), remontam ao surgimento do cárcere. Nesse sentido, o direito alternativo trouxe à luz outros meios à punição que não a restrição da liberdade.

A Justiça Restaurativa surge, sob a forma de mediação entre réu e vítima, nas décadas de 70 e 80, nos Estados Unidos (PALLAMOLLA, 2009, p.33) a partir de um momento de crise no sistema ressocializador e de um movimento de críticas reformistas da Justiça Criminal (CARRASCO ANDRINO, 1999, p. 69).

Trata-se de um conceito aberto e dinâmico, porque visa diversos objetivos e está sempre em transformação, amoldando-se segundo a realidade de cada ordenamento jurídico e consoante a experiência prática (PALLAMOLLA, 2009, p. 51).

Devido a essa definição abrangente, é possível salientarmos que existe uma ampla margem de possibilidades de aplicação da justiça restaurativa, desenvolvendo-se dentro e fora da justiça criminal.

Refletindo sobre exemplos de práticas restaurativas específicas para casos de violência contra a mulher, encontramos vários projetos bem sucedidos.

No Brasil, apenas em 2006, com a promulgação da lei nº 11.340, foi criada uma legislação específica para combater todas as formas de violência contra a mulher, incluindo também as relações homoafetivas. Um importante aspecto da Lei Maria da Penha foi a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar⁶⁸, com destaque às medidas protetivas de afastamento do agressor ou de prisão preventiva, no descumprimento da medida judicial.

Um outro alcance da Lei Maria da Penha consiste na prática de mediação familiar⁶⁹ que vem sendo aplicada de forma bastante exitosa nas Varas de violência doméstica e também em alguns CEJUSCs (como o de São Vicente) instalados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Aos participantes da mediação é disponibilizado o espaço para o diálogo na possibilidade da resolução de seus conflitos e na reconstrução de suas relações, sempre acompanhados de mediadores e equipe multidisciplinar que propõem a administração de conflitos de modo dialogado.

Tais medidas são efetivamente mecanismos inovadores de enfrentamento do discurso punitivista quando o assunto é violência sexual e de gênero, pois o encarceramento, por si só, dos agressores não garante o rompimento do ciclo da violência. Nesse sentido, faz-se necessária a atuação do Estado nas raízes dos conflitos, não na aceção legalista e punitiva, mas de cura de recuperação de todos

⁶⁸Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

⁶⁹Art. 35. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:

- I - centros de atendimento integral e multidisciplinar para mulheres e respectivos dependentes em situação de violência doméstica e familiar;
- II - casas-abrigos para mulheres e respectivos dependentes menores em situação de violência doméstica e familiar;
- III - delegacias, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializados no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar;
- IV - programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar;
- V - centros de educação e de reabilitação para os agressores.

os envolvidos nos conflitos gerados pela violência contra o gênero a exemplo do que ocorreu recentemente na Cidade de São Paulo com a imposição pela Justiça Paulista de “cursos de reciclagem” ⁷⁰

Tome-se, ainda, o exemplo da Casa da Família de São Vicente onde se estruturaram serviços voltados à proteção da mulher no que se denominou “violência de gênero”. A resolução de situações conflitivas é facilitada pelo diálogo por mediação e outras metodologias, tais como “Construindo a Paz”; “CRAVI – Centro de Referência e Apoio à Vítima” entre outros.

Não há dúvida de que a edição da referida lei e a criação de mecanismos de enfrentamento do problema representam, em boa medida, a resposta a uma demanda social pelo fim da impunidade e proteção a um grupo historicamente vulnerável.

Programas e políticas públicas desenvolvidas pela Casa da Família de São Vicente, projeto que estudaremos mais adiante, bem como a mediação restaurativa nas Varas de Violência Doméstica são verdadeiros paradigmas na condução da proteção das mulheres.

4.6 Deveres do mediador, aspectos éticos e sanção.

A credibilidade da mediação no Brasil como método eficaz para solução de controvérsias vincula-se diretamente ao respeito que os Mediadores vierem a conquistar, por meio de um trabalho de alta qualidade técnica, embasado nos mais rígidos princípios éticos.

A Mediação transcende à solução da controvérsia, dispondo-se a transformar contexto adversarial em colaborativo. E uma prática da Mediação requer conhecimento e treinamento específico de técnicas próprias.

⁷⁰ *A partir de outubro, homens presos em flagrante por situações de assédio no transporte coletivo de São Paulo passarão por uma espécie de curso de reciclagem com questões como machismo e masculinidade. Veja mais em <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/29/condenados-por-assedio-em-transporte-publico-de-sp-passarao-por-curso-contra-machismo.htm?cmpid=copiaecolahttps://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimasnoticias/2017/08/29/condenados-por-assedio-em-transporte-publico-de-sp-passarao-por-curso-contra-machismo.htm>>* Acesso em 27.nov.2017.

O Mediador deve qualificar-se e aperfeiçoar-se, melhorando continuamente suas atitudes e suas habilidades profissionais. Deve preservar a ética e a credibilidade do instituto da Mediação por meio de sua conduta.

Após analisarmos os princípios norteadores da mediação, analisaremos o papel desempenhado pelo mediador e como deverá conduzir a mediação para que esses princípios sempre estejam presentes.

O resultado da mediação depende tanto do conhecimento e informação que o mediador detém quanto dos deveres éticos impostos. Esses aspectos contribuirão sobremaneira para chegar a um resultado positivo nas sessões de mediação que lhe são apresentadas.

Conforme Tavares (2002, p. 77) os erros mais comuns dos mediadores são: ter uma familiaridade com as partes ou ao menos uma delas; possuir uma limitação de tempo para exercer a mediação; apresentar um distanciamento excessivo das partes e do procedimento; dar um ultimatum para que as partes providenciem logo o acordo; elaborar o acordo ou realizar o procedimento de mediação sem a presença de todas as partes que têm poder de decisão estarem presentes; falhar na preparação do procedimento; desenvolver um controle excessivo do procedimento de mediação; apresentar interrupções de forma desnecessária; dar mais valor a reclamação de uma das partes em detrimento da outra; usar uma linguagem inadequada às partes envolvidas; comprometer-se ao travar entendimento com apenas uma das partes; ao invés de promover o procedimento de mediação proferir uma decisão ou ainda declarar prematuramente qual é o problema existente entre as partes

O Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem⁷¹ enumera uma lista de deveres éticos do mediador enumeradas em seu site.

Na relação do mediador frente à nomeação, deverá o mediador: 1. Aceitará o encargo somente se estiver imbuído do propósito de atuar de acordo com os Princípios Fundamentais estabelecidos e Normas Éticas, mantendo íntegro o processo de Mediação; 2. Revelará, antes de aceitar a indicação, interesse ou relacionamento que possa afetar a imparcialidade, suscitar aparência de parcialidade ou quebra de independência, para que as partes tenham elementos de avaliação e decisão sobre sua continuidade; 3. Avaliará a aplicabilidade ou não de

⁷¹<http://www.conima.org.br/codigo_etica_med>. Acesso em 24/04/2018.

Mediação ao caso; 4. Obrigar-se-á, aceita a nomeação, a seguir os termos convencionados.

Já em relação à partes, a escolha do Mediador pressupõe relação de confiança personalíssima. Para tanto, deverá: 1. Garantir às partes a oportunidade de entender e avaliar as implicações e o desdobramento do processo e de cada item negociado nas entrevistas preliminares e no curso da Mediação; 2. Esclarecer quanto aos honorários, custas e forma de pagamento; 3. Utilizar a prudência e a veracidade, abstendo-se de promessas e garantias a respeito dos resultados; 4. Dialogar separadamente com uma parte somente quando for dado o conhecimento e igual oportunidade à outra; 5. Esclarecer a parte, ao finalizar uma sessão em separado, quais os pontos sigilosos e quais aqueles que podem ser do conhecimento da outra parte; 6. Assegurar-se que as partes tenham voz e legitimidade no processo, garantindo assim equilíbrio de poder; 7. Assegurar-se de que as partes tenham suficientes informações para avaliar e decidir; 8. Recomendar às partes uma revisão legal do acordo antes de subscrevê-lo; 9. Eximir-se de forçar a aceitação de um acordo e/ou tomar decisões pelas partes; 10. Observar a restrição de não atuar como profissional contratado por qualquer uma das partes, para tratar de questão que tenha correlação com a matéria mediada.

Frente ao processo, o Mediador deverá: 1. Descrever o processo da Mediação para as partes; 2. Definir, com os mediados, todos os procedimentos pertinentes ao processo; 3. Esclarecer quanto ao sigilo; 4. Assegurar a qualidade do processo, utilizando todas as técnicas disponíveis e capazes de levar a bom termo os objetivos da Mediação; 5. Zelar pelo sigilo dos procedimentos, inclusive no concernente aos cuidados a serem tomados pela equipe técnica no manuseio e arquivamento dos dados; 6. Sugerir a busca e/ou a participação de especialistas na medida que suas presenças se façam necessárias a esclarecimentos para a manutenção da equanimidade; 7. Interromper o processo frente a qualquer impedimento ético ou legal; 8. Suspender ou finalizar a Mediação quando concluir que sua continuação possa prejudicar qualquer dos mediados ou quando houver solicitação das partes; 9. Fornecer às partes, por escrito, as conclusões da Mediação, quando por elas solicitado.

Por fim, na sua relação com as Instituições Credenciadas, o Mediador deverá: 1. Cooperar para a qualidade dos serviços prestados pela instituição ou entidade especializada; 2. Manter os padrões de qualificação de formação,

aprimoramento e especialização exigidos pela instituição ou entidade especializada; 3. Acatar as normas institucionais e éticas da profissão; 4. Submeter-se ao Código e ao Conselho de Ética da instituição ou entidade especializada, comunicando qualquer violação às suas normas.

A responsabilidade, deveres e conduta ética dos mediadores e conciliadores também foram regulamentadas através do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais instituído no Anexo III da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça⁷², bem como os contidos nos artigos 166 e 170 a 173, do Código de Processo Civil, e nos artigos 2º, 5º, 6º e 7º da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015).

O referido Anexo III, em sua introdução, nos traz as suas finalidades: "...assegurar o desenvolvimento da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos e a qualidade dos serviços de conciliação e mediação enquanto instrumentos efetivos de pacificação social e de prevenção de litígios...".

Esta parte da Resolução começa enunciando uma condição que falamos desde o início da pesquisa: deve o conciliador ou o mediador ser capacitado para o exercício de tal função, bem como estar devidamente cadastrado no respectivo Tribunal de Justiça (art. 3º).

⁷²Art. 3º Apenas poderão exercer suas funções perante o Poder Judiciário conciliadores e mediadores devidamente capacitados e cadastrados pelos Tribunais, aos quais competirá regulamentar o processo de inclusão e exclusão no cadastro.

Art. 4º O conciliador/mediador deve exercer sua função com lisura, respeitar os princípios e regras deste Código, assinar, para tanto, no início do exercício, termo de compromisso e submeter-se às orientações do Juiz Coordenador da unidade a que esteja vinculado.

Parágrafo único. O mediador/conciliador deve, preferencialmente no início da sessão inicial de mediação/conciliação, proporcionar ambiente adequado para que advogados atendam o disposto no art. 48, § 5º, do Novo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

Art. 5º Aplicam-se aos conciliadores/mediadores os motivos de impedimento e suspeição dos juízes, devendo, quando constatados, serem informados aos envolvidos, com a interrupção da sessão e a substituição daqueles.

Art. 6º No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou mediador deverá informar com antecedência ao responsável para que seja providenciada sua substituição.

Art. 7º O conciliador ou mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais, de qualquer natureza, aos envolvidos em processo de conciliação/mediação sob sua condução.

Art. 8º O descumprimento dos princípios e regras estabelecidos neste Código, bem como a condenação definitiva em processo criminal, resultará na exclusão do conciliador/mediador do respectivo cadastro e no impedimento para atuar nesta função em qualquer outro órgão do Poder Judiciário nacional.

Parágrafo único - Qualquer pessoa que venha a ter conhecimento de conduta inadequada por parte do conciliador/mediador poderá representar ao Juiz Coordenador a fim de que sejam adotadas as providências cabíveis.

Assim, vemos que há dois aspectos finalísticos para o Código: (a) desenvolvimento, na questão de deixar a conciliação e a mediação cada vez mais acessíveis para a população; e (b) qualificação, para que tais métodos alternativos de resolução de conflitos se tornem ainda mais eficazes e transparentes.

Deve, além disso, o conciliador e o mediador estarem de acordo com as regras procedimentais e efetivarem os princípios supramencionados. Para concretizar essa responsabilidade, deve o conciliador/mediador assinar um termo de compromisso perante o juiz coordenador do CEJUSC de atuação (art. 4º).

Ainda fazendo uma aproximação da função e das responsabilidades do conciliador/mediador em relação ao juiz, se submetem àquele os motivos de impedimento e suspeição. Se isso ocorrer, a sessão deve ser interrompida; então, comunicado às partes o motivo dessa interrupção e, por fim, convocar novo conciliador/mediador para assumir a função do impedido ou suspeito.

Caso o mediador venha a desrespeitar esse Código de Ética, ele terá seu cadastro cancelado e será impedido de exercer a função de conciliador e mediador em âmbito nacional, ou seja, os demais órgãos nacionais do Poder Judiciário não poderão habilitá-lo para a função.

Um ponto interessante das responsabilidades do conciliador e do mediador está no último artigo do Código de Ética (art. 8º). Diz ele que o conciliador/mediador será excluído do cadastro no respectivo Tribunal se houver trânsito em julgado de uma condenação criminal.

Por fim, caso alguma parte ou qualquer pessoa tenha conhecimento de alguma conduta imprópria do terceiro imparcial, pode essa pessoa representar ao juiz coordenador do respectivo CEJUSC para que sejam tomadas as medidas oportunas.

5 MEDIAÇÃO INTERDISCIPLINAR E SUA INTEGRAÇÃO COM O PODER JUDICIÁRIO PAULISTA: ANÁLISE DE DADOS E APRESENTAÇÃO DE RESULTADOS DA EXPERIÊNCIA PRÁTICA DA CASA DA FAMÍLIA DA COMARCA DE SÃO VICENTE.

Segundo determina a Resolução nº 125/10, os CEJUSCs são estruturas judiciais responsáveis pela realização de sessões de mediação e conciliação de conflitos nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários (art. 8º). Devem necessariamente ser compostos por setores de solução de conflitos pré-processual, de solução de conflitos processual e de cidadania (art. 10) e contar com juízes, servidores, mediadores e conciliadores devidamente capacitados em métodos consensuais de solução de conflitos. A administração do Centro é de responsabilidade do magistrado, que deverá também supervisionar a atuação e capacitação dos conciliadores e mediadores cadastrados em seu Centro conforme conteúdo programático mínimo estabelecido na própria Resolução nº 125/10. Mesmo antes da Resolução nº 125/10, já existiam programas/centros de mediação e conciliação no Judiciário, e o esforço após o advento de referida resolução foi o de adaptação às novas regras.

Em 20 de abril de 2016, foi inaugurada na Comarca de São Vicente a “Casa da Família” sendo uma iniciativa pioneira no Brasil. Atualmente coordenada pela Juíza Vanessa Aufiero da Rocha, o objetivo da criação da **Casa da Família** e dos projetos desenvolvidos é a transformação qualitativa das pessoas e do convívio familiar, promovendo a conscientização das pessoas para que possam resolver seus conflitos de forma construtiva e duradoura.

A instalação e a manutenção da Casa da Família já está prevista dentro da estrutura não-orçamentária do Tribunal de Justiça com o auxílio de entidade e órgãos públicos e particulares, incluindo a Prefeitura Municipal. Cumpre ressaltar que os mediadores não recebem nenhuma remuneração por seus serviços prestados, pois seu trabalho é voluntário. É importante considerar que a Lei Estadual nº 15.804, de 22 de abril de 2015⁷³ o abono variável de cunho indenizatório. Porém,

⁷³Artigo 1º - Os Conciliadores e Mediadores, inscritos nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e cadastrados no Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, terão jornadas diárias de 2 (duas), 4 (quatro), 6 (seis) e 8 (oito) horas, dentro do

em razão das dificuldades orçamentárias do Tribunal de Justiça de São Paulo, a remuneração ainda não foi implementada na prática.

Fruto do trabalho em conjunto de profissionais do Direito e de outros saberes, como a Psicologia e Assistência Social, ela representa um novo espaço de estabilização e harmonização das relações familiares, estimulando a transformação qualitativa de tais relações e o desenvolvimento de novas formas de convivência, pautadas na responsabilidade partilhada, na solidariedade e no diálogo.

O núcleo tem cunho essencialmente social com ênfase na interdisciplinaridade. Fomenta as práticas complementares de resolução de conflitos e se utiliza de vários projetos desenvolvidos estimulando os mediadores a terem uma visão mais humanista para lidar com os conflitos.

Os atendimentos são realizados pelos funcionários, mediadores e voluntários e homologados por meio da Juíza Coordenadora. A Casa da Família procura manter um diálogo constante com outras instituições igualmente preocupadas com a propagação da Justiça Social e da paz em uma sociedade estabelecendo uma rede de apoio às Famílias.

São vários os projetos colocados à disposição, a saber: atendimento psicológico, oficina de pais e filhos, clínica de casais, projeto " Construindo a Paz", programa Pai Presente dentre outros.

- **Constelação Sistêmica Familiar** - Terapia criada pelo alemão Bert Hellinger que tem como principal propósito verificar quais as causas, as dinâmicas ocultas de um conflito num sistema Familiar para, em seguida, dar o lugar para cada um, principalmente os que consciente ou inconscientemente foram excluídos para restabelecer o fluxo da vida no sistema. Está fundamentada no que Hellinger chama das

expediente forense, das 9 (nove) às 19 (dezenove) horas, limitadas ao máximo de 16 (dezesesseis) horas semanais, sem direito a qualquer banco de horas, mesmo ultrapassado o limite máximo. Artigo 2º - O valor do abono variável, de cunho puramente indenizatório, será de 2 (duas) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo (UFESPs) para cada hora. Parágrafo único - A remuneração somente será devida para o Conciliador ou Mediador que realizar jornada diária a partir de 2 (duas) horas. Artigo 3º - O valor do abono variável somente será devido aos Conciliadores e Mediadores que estiverem inscritos nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e cadastrados no Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos.

Ordens do Amor que obedece a três princípios: pertencimento, respeito à hierarquia e o equilíbrio entre o dar e receber;

- **Atendimento psicológico** – serviço voltado à orientação e aconselhamento das famílias. Os psicólogos, em sessões agendadas, promovem uma reflexão dos papéis dos familiares em crise, discutem funções maternas e paternas e promovem fortalecimento de vínculos. Os encontros podem ser individuais, familiares ou em grupos.
- **Centro de Referência e Apoio à Vítima – CRAVI** - O CRAVI é um programa da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania que tem como objetivo geral promover o reconhecimento e o acesso aos direitos das vítimas de violência, visando à consolidação dos direitos humanos e o exercício da cidadania, e garantindo suporte psicológico, social e jurídico àqueles que sofrem danos causados pela violência. Este atendimento é realizado por uma equipe multidisciplinar formada por psicólogos, assistentes sociais e defensores públicos. É um programa que disponibiliza espaço sigiloso e acolhedor para apoiar, escutar e cuidar do sofrimento causado pela violência, e facilitar o acesso a informações.
- **Círculo de Harmonização Familiar** - O círculo de harmonização familiar é um espaço dialógico de resolução não violenta de conflitos. Esse programa tem como objetivo levar para as pessoas uma nova forma de abordar os conflitos cotidianos que surgem no ambiente familiar. Através de perguntas, dinâmicas e reflexões, os familiares envolvidos direta ou indiretamente no conflito descobrem novas formas de comunicação e solução de conflitos, pautadas pelo diálogo, empatia, respeito às diferenças e responsabilidade partilhada.
- **Clínica de Casais/Fortalecendo Vínculos** - O projeto “Clínica de Casais” é fruto da parceria entre o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Centro de Direitos Humanos da Baixada Santista Irmã Dolores – CDHBS – IMD, e tem como objetivo realizar reuniões com casais que

enfrentam problemas conjugais e que desejam discutir os problemas vivenciados a fim de amenizar ou mesmo solucionar conflitos familiares com o intuito de evitar separações ou simplesmente melhorar o relacionamento conjugal. A Clínica de Casais ocorre em três encontros semanais com as famílias, sendo que o primeiro encontro é apresentado e abordado as principais causas dos problemas conjugais, no segundo encontro são abordados e discutidos os problemas específicos enfrentados pelo casal, e no terceiro encontro é desenvolvido um plano de ação para a solução dos problemas de cada casal.

- **Construindo a Paz** - Esse projeto é fruto de uma parceria com o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Instituto Anástasis, e destina-se a pais e cuidadores que se valem da violência em detrimento de seus filhos, como meio disciplinador, e em detrimento de idosos, visando desconstruir a violência geracional e familiar aprendida, lançado olhares para cuidados específicos com cada participante, e trabalhando a autoestima e o empoderamento.
- **Construindo a Paz – Gênero** - Com o objetivo de propiciar novos olhares e novos jeitos de agir diante de conflitos relacionados ao âmbito doméstico, este trabalho se desenvolve por meio de Círculos de Diálogos de homens e mulheres envolvidos em situação de violência. Visa desconstruir padrões de conduta violenta diante do conflito, levando-se em conta a cultura social e as transformações de papéis recentemente ocorridas. Utiliza-se também das ferramentas da Comunicação Não Violenta, Mediação de Conflitos e Círculos Restaurativos.
- **Convênio para teste de DNA** - Para aqueles que não são beneficiários da justiça gratuita, a Casa da Família possui convênio com uma Clínica situada em Goiás, que oferece serviços de teste de DNA por R\$ 105,00 reais.

- **Oficina de Pais e Filhos** - Embora cada vez mais comum em nossa sociedade, a separação pode ser um dos momentos de crise mais difíceis na vida do casal e dos filhos diante das diversas mudanças que ocasiona na estrutura e na rotina da família. Mas nem toda separação precisa ser traumática para os filhos. Conforme vários estudos, a resiliência dos filhos à separação dos pais está diretamente relacionada à quantidade e à qualidade do contato deles com ambos os pais e ao nível de conflito entre estes após a ruptura. A Oficina de Pais e Filhos é um programa educacional e interdisciplinar baseado nesses estudos, consistente em um único encontro, voltado às famílias que enfrentam a separação, com o objetivo de criar um espaço de acolhida, reflexão e orientação para que pais e mães possam estabelecer uma boa parceria parental e ajudar seus filhos e a si próprios a superarem as dificuldades inerentes a esta sensível fase de suas vidas e, ainda, criar um espaço seguro e acolhedor para que os filhos possam expressar os seus sentimentos e adquirir estratégias para se adaptarem à nova organização familiar.
- **Programa Pai Presente** - A Constituição da República garante a todo cidadão brasileiro o reconhecimento da paternidade, mas nem sempre esse direito é concretizado, o que acaba comprometendo outros direitos, como o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar. O Programa Pai Presente visa mudar essa realidade, estimulando as mães a identificarem, à origem de sua ancestralidade e ao reconhecimento de sua família, viabilizando o registro paterno e a regularização do vínculo familiar.

5.1 Resultados e análise de dados

O desafio deste trabalho foi responder as seguintes perguntas: a mediação prestada em espaço exclusivo para a solução dos conflitos familiares é uma resposta mais eficaz para solucionar conflitos familiares? Em caso positivo, qual o impacto da mediação quando é estruturada a partir da interdisciplinaridade? Quais

as condições que devem ser buscadas dentro da estrutura da “Casa da Família” que garantam adequada qualidade de atendimento aos cidadãos?

Para responder a estas perguntas, são formuladas as seguintes hipóteses:

1. A mediação não pode ser analisada apenas como um apoio ou contraponto ao processo judicial servindo apenas para auxiliar a morosidade do Poder Judiciário, mas sim pensada a partir de sua real finalidade, seus valores e bases constitutivas.

2. A interdisciplinaridade na mediação familiar resolve, de modo mais eficaz, os conflitos familiares. Dados sua finalidade e seu objeto, o encontro entre diferentes ramos dos saberes pode facilitar a transformação da realidade que se apresenta. Há espaço nos métodos autocompositivos para abordar os aspectos sócio-psicológicos do conflito que interferem nas inter-relações.⁷⁴ O atendimento de pessoas em conflito sem a consciência das circunstâncias acima pode levar o terceiro a compreender o conflito apresentado com base em seus próprios valores e paradigmas, sem compreender, porém, as diferentes percepções das pessoas envolvidas no conflito.⁷⁵

3. A institucionalização dos serviços de mediação é necessária para garantir continuidade dos serviços prestados e será positiva quando vista como uma das portas disponíveis de processar conflitos, sem excluir outras não necessariamente atreladas a mecanismos autocompositivos.

4. O resultado prático revela-se ainda mais eficaz quando a mediação de conflitos familiares é estruturada em núcleo comunitário específico voltado apenas para a área da família e que garanta identidade, estrutura própria mais adequada e

⁷⁴Cf Remo entelman, a definição geral de conflito – uma conceituação genérica, sem qualquer qualificação restritiva a um grupo de relações como familiar ou empresarial, por exemplo – corresponde a “uma especie o clase de relacion social em que ay objetivos de distintos miembros de la relacion que son incompatibles entre si.”(ENTELMAN, 2002, p. 49) e, sendo uma relação social, possui aspectos vários muito além dos jurídicos.

⁷⁵Cf Acland, “La comprension de las diferentes percepciones de uma misma situacion es absolutamente vital para El mediador y para lãs partes mismas Del conflicto; constituye uma parte fundamental de la mediacion como proceso educativo. Y La causa ES que, cuando se trata de resolver um conflicto, lãs percepciones que tienen lós protagonistas de uma situacion son tan significativas como lós hechos reales y objetivos que La conforman. La aclaracion de lós hechos – El objetivo de La ley – ES útil em La medida em que sea possible, perto lós hechos por si solos pueden tener uma utilidade limitada cuando se trata de enocntrar uma solucion. Hay que recordar qe La mediacion se diferencia de lós proceos judiciaiales em que no Le interesa dictaminar ló que está bien o mal, o entre um conjunto de percepciones y outro basandose em um exame objectivo de lós hechos: su objetivo ES encontrar uma solucion aceptabl para ambas partes.” (ACLAND, 1993, p. 259).

operadores do direito e funcionários capacitados para pensar os conflitos familiares de modo abrangente.

Tendo em vista que o problema que originou esta investigação diz respeito ao uso da mediação interdisciplinar como método alternativo à jurisdição tradicional na área da família, o desafio deste trabalho foi, inicialmente, analisar o projeto “Casa da Família” da Comarca de São Vicente, sua identidade funcional, projetos, estrutura, procedimento, metodologia e resultados. A pesquisa exploratória foi a opção tomada a fim de se testar a hipótese levantada na pesquisa.

Para confrontar teoria e prática, ou seja, entre o que acreditamos ser necessário, a partir do aporte teórico apresentado, para a tutela da família pós-moderna/conflito/mediação/interdisciplinaridade/justiça comunitária, levamos em consideração alguns aspectos: i. levantamento de dados quantitativos a partir da inauguração da “Casa da Família” entre 2016 até o término do ano de 2017, ii. número de atendimentos, iii. tipos de conflitos familiares, iv. qualidade e forma de triagem e encaminhamento realizado, v. critérios de utilização dos projetos multidisciplinares; vi. análise, a partir de entrevistas com os mediados, da qualidade das sessões de mediação e dos próprios funcionários envolvidos no projeto.

A pesquisa de campo utilizou estudo de avaliação no período de 2016 a dezembro de 2017 consistiu no estudo que diz respeito à procura dos efeitos e resultados de todo um programa ou método específico de atividade de serviço ou auxílio.

A coleta fundamentou-se na análise de pastas, livros, relatórios, anotações e dados de acesso eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo. A observação se restringiu aos dados existentes junto à Casa da Família, respeitando-se o período supramencionado.

A Casa da Família possui um controle de estatística denominado “Planilha” que começou a ser controlada pela Corregedoria Geral de Justiça a partir de 2016. As planilhas são feitas mensalmente e o balanço mensal e anual é contabilizado por: a) número de reclamações pré-processuais e processuais na área de família; b) sessões de mediação efetivamente instaladas no ano e mensalmente; c) acordos realizados. Os demais dados necessários foram obtidos a partir de pesquisa de campo.

As entrevistas foram divididas tendo em vista dois públicos-alvos: supervisores/mediadores e mediados.

A estruturação dos questionamentos para o mediador(a) foi a seguinte: a) Você é mediador(a) há quanto tempo? b) Como você avalia a Mediação Familiar? c) Os fundamentos teórico-metodológicos que embasam o atendimento na Casa da Família são interdisciplinares? O que isso significa? Como ocorre na prática? d) Quais seriam as vantagens do oferecimento dessa espécie de serviço ao cidadão? e) Com o Serviço de Mediação Familiar há uma maior propensão à consensualidade, melhorando o relacionamento entre as partes? Como avalia as partes após terem utilizado a mediação no que tange à condução futura dos conflitos familiares? h) Em que momentos a equipe decide findar o atendimento ou encaminhar os envolvidos para outros projetos? i) A mediação é um meio eficaz de acesso à justiça? Em que sentido? J) na eventualidade de infrutífera a autocomposição, de que forma o mediador encaminha os envolvidos para os projetos interdisciplinares ou outros órgãos de apoio? k) Acerca do tema aqui abordado, teria alguma consideração a fazer? Há algo que não foi contemplado e que gostaria de acrescentar ou esclarecer?

As entrevistas com mediados(as) se pautaram pela seguinte relação de perguntas: a) Qual a idade? Profissão? Estado civil? Com ou sem filhos? b) Quando procurou o Serviço de Mediação Familiar, de qual área se tratava o conflito: conjugal ou parental? Qual era a dificuldade perante o conflito? c) De quem foi a iniciativa de procurar o CEJUSC? Por quê? d) Procuraram outros espaços para encaminhar o conflito familiar? e) Sabia qual era a metodologia da Casa da Família? f) Como foi encaminhado o conflito familiar? g) Como foi a intervenção no conflito familiar pela mediação? h) O conflito foi solucionado pela mediação? i) Se foi solucionado, ficou satisfeito com a intervenção feita? j) Quantas vezes já utilizou a mediação para intervir no conflito? k) Acredita que a mediação é um meio realmente eficaz de acesso à justiça? O que entende como acesso à justiça? l) Indicaria a Casa da Família para alguém? m) Após a mediação, sente-se mais capaz de resolver sozinho os conflitos futuros? n) que conceito daria para a mediação como meio de acesso à justiça? o) Acerca do tema aqui abordado, teria alguma consideração a fazer? Há algo que não foi contemplado e que gostaria de acrescentar ou esclarecer?

A interpretação dos resultados obtidos pela metodologia quantitativa valeu-se do levantamento de dados (planilha obtida do site do Tribunal de Justiça de São Paulo) para provar hipóteses baseadas na medida numérica.

Para a pesquisa qualitativa, foi utilizado, como instrumento para auxiliar o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. A análise qualitativa possui como foco analisar e interpretar aspectos mais profundos, descrevendo a complexidade do comportamento humano, sobretudo dando ênfase ao conteúdo das mensagens objetivando esclarecer a metodologia do atendimento; a interpretação do envolvimento dos mediandos diante do conflito; o encaminhamento feito a partir da demanda e a eficácia dos encaminhamentos.

Já a pesquisa com os mediandos teve como justificativa colher os depoimentos de casais, conviventes, divorciados, separados, viúvos ou solteiros que foram sorteados, que tiveram alguma necessidade psicossociojurídica, principalmente com relação a conflitos conjugais, como divórcio ou dissolução de união estável e conflito parental, como alimentos, guarda, parentalidade (investigação, reconhecimento), convivência (visitas) e alienação parental. Os objetivos foram verificar quais demandas impulsionaram a procura pela Casa da Família, qual a metodologia utilizada pelos funcionários e mediadores, qual encaminhamento foi dado para a demanda: se foi proposta ação judicial (consensual ou litigiosa), acordo extrajudicial ou se o pedido foi arquivado.

Cabe salientar, ainda, que dentro do universo amostral estudado, foi observado que os acordos alcançados versam sobre pedidos de guarda, visitas, divórcio, alimentos e reconhecimento de paternidade. A planilha oficial não estratifica em números a participação de cada classe de conflitos.

O processo, basicamente, ocorre, em um primeiro momento, através de triagens. Uma das partes procura o CEJUSC e expõe o conflito. O funcionário responsável utiliza fichas e entrevistas individuais durante o primeiro atendimento. Verificando a possibilidade de mediação familiar, explica-se seu conceito, seus princípios, seus objetivos e suas vantagens. Uma vez aceita a proposta de mediação, chama-se a outra parte para o comparecimento a uma sessão. Se o conflito extrapolar a competência da casa, o mediador faz o encaminhamento à instituição adequada ou ao serviço posto à disposição da Casa da Família.

A outra parte é chamada à Casa da Família por meio do envio de uma carta convite; muitas vezes, esta correspondência é levada em mãos pela pessoa que buscou a casa, mas quando as partes apresentam relacionamentos bastante estremecidos, faz-se por via postal. Pode ser tentada a intimação por mais de uma ocasião, caso não haja o comparecimento na primeira sessão marcada. Depende do

interesse do envolvidos. O não comparecimento após o envio da segunda carta acarreta o arquivamento do processo na casa de mediação e o encaminhamento da parte à instituição competente. Na data marcada, comparecendo as partes, é realizada a mediação. No início da sessão, o mediador informa a gratuidade do procedimento e resalta os pontos principais da mediação, esclarecendo as dúvidas. Resultando em acordo, o mediador cuidadosamente deve reduzir a termo a decisão, o qual é assinado pelos mediadores, pelas partes e pela coordenação da casa. O termo é homologado, em seguida, pela juíza coordenadora após prévio encaminhamento ao Promotor de Justiça.

Às vezes, chega-se a um consenso na primeira mediação. Em outros casos, o mediador opta por suspender o procedimento quando perceber a falta de interesse dos mediados ou quando existir evidente desequilíbrio entre as mesmas que impossibilite a consecução de um acordo justo.

Cumprido ressaltar que não existe uma única maneira de se realizar a mediação, uma vez que suas etapas podem ser alteradas ao longo do processo. Como frisamos anteriormente, o mediador poderá encaminhar os envolvidos para um dos serviços ou projetos voltados à proteção da família, de menores, pessoas em vulnerabilidade, etc...

Uma sessão de mediação pode resultar infrutífera, mas possibilita que o mediador, os envolvidos e até a juíza coordenadora identifique imediatamente a necessidade de um encaminhamento para um dos serviços colocados à disposição. Exemplificando, um conflito envolvendo guarda/visitas pode não chegar a uma autocomposição. Porém, as partes podem ser encaminhadas à “Clínica de Pais e Filhos” ou ao “Círculo de Harmonização Familiar”, por exemplo.

Portanto, não é apenas o critério quantitativo (número de acordos) que reflete o êxito do projeto, mas também em que medida se permite criar um novo modo de enxergar a pacificação familiar.

É imperioso ressaltar que a realização de uma mediação bem sucedida não implica, necessariamente, na consecução de um acordo. Muitas vezes, os mediados não chegam a um consenso em relação ao ponto central do conflito, mas passam a entender uma nova realidade e, a partir desta compreensão, resolvem outros problemas.

O projeto atua de forma multidisciplinar, cruzando saber das Ciências Sociais, Psicologia, Direito, sempre sob fiscalização da juíza coordenadora.

A todo momento, a autonomia é estimulada, dando ênfase ao protagonismos os sujeitos a partir da intervenção mínima do mediador.

5.1.1 Análise quantitativa

Em relação à análise quantitativa, como já afirmamos no início do capítulo, as planilhas elaboradas pelos CEJUSCs não contemplam quadro que disponha sobre classes ou tipos de demandas.

Para tanto, dentro da pesquisa de campo feita a partir de consultas a documentos oficiais, entrevistas e coletas de dados entre 2016 e 2017, em diversas amostragens e em meses variados com os funcionários e mediadores, podemos concluir que, basicamente, as demandas podem se dividir em duas classes: i. conflitos conjugais (divórcio ou reconhecimento de união estável) e ii. conflitos parentais (alimentos, guarda, visitas e/ou outros).

O campo "conflitos familiares" aqui apresentado tem a intenção de demonstrar o quanto os conflitos parentais circulam pela questão da hipossuficiência econômica.

Veja que, levando em consideração os números oficiais, tivemos uma média de reclamações distribuídas mensalmente na área de família a partir de 2016 e 2017 de 268 atendimentos/mês em 2016 e, no ano de 2017, passou-se a 176 sessões de mediação efetivamente instaladas. Observou-se a desistência de uma ou de ambas as partes do número de reclamações abertas de 52,47% de desistência para o ano de 2016 e 40,12% para o ano de 2017.

As desistências, que implicam no arquivamento do pedido, geralmente ocorrem por desinteresse ou reconciliação, o que demonstra que ou compareceram ao CEJUSC movidos por mágoa, raiva ou vingança, ou os envolvidos se compuseram de outro modo.

Cabe destacar o enorme índice de acordo nas sessões de mediação efetivamente instaladas onde os envolvidos se disponham a comparecer, lembrando que os acordos são feitos mediante decisão alcançada/construída pelas próprias partes, fomentando o restabelecimento da comunicação não-violenta e evitando o afogamento do Judiciário.

Em 2016, das 1.533 sessões de mediação efetivamente instaladas, a Casa da Família alcançou 1.466 acordos efetivamente homologados (93,61%). Em 2017,

houve aumento do número de atendimentos. De um total de 3.541 reclamações abertas, foram efetivamente instaladas 2.120 sessões com 1.476 acordos homologados (70% de acordo homologado).

De uma detalhada análise dos dados em 2016 e 2017, alimentos, guarda e divórcio foram os que se sobressaíram em quantidade de atendimento (dados obtidos diretamente na Secretaria do CEJUSC). Também se apurou que, a partir de entrevistas com os mediadores, necessitam de duas sessões de mediação para cada conflito apresentado, mas, em muitas ocasiões, ocorre somente um único atendimento. A necessidade de várias sessões se traduz na maior complexidade para se solucionar certos conflitos.

Com a entrada em vigor do novo CPC (artigo 696) prevendo que as sessões de mediação possam dividir-se em quantas forem necessárias, tem-se que a Casa da Família já executa essa exigência satisfatoriamente.

Quanto aos encaminhamentos das demandas, o maior índice, nos anos investigados, foi de encaminhamento judicial consensual que ocorre quando o juiz coordenador homologa as soluções pacíficas dos litígios, importando afirmar que as decisões, com a intervenção interdisciplinar, foram construídas, redigidas e, posteriormente, encaminhadas para homologação.

Os casos de encaminhamento judicial litigioso surgem porque não houve consenso no conflito (6,39% no ano de 2016 e 30% no ano de 2017), excluindo-se as hipóteses em que as partes não compareceram na sessão e o caso foi arquivado. Extrajudicialmente, os casos de encaminhados foram de reconciliação de casais, realização de exame de DNA, ou outros projetos interdisciplinares específicos dentro da própria Casa da Família. Os arquivamentos decorrem da inércia dos mediandos que deixam de dar prosseguimento ao caso, por isso cadastra-se o arquivamento: caso o mediando retorne, sua pasta é desarquivada e dá-se seguimento à intervenção.

Em relação aos encaminhamentos feitos pelos mediadores, os dados revelam a metodologia utilizada na Casa da Família, bem como a responsabilidade que paira sobre o mediador.

Ao se analisar os dados, identifica-se que o índice de encaminhamentos judiciais consensuais prevalece perante os outros índices, o que se traduz na diferenciação da Casa da Família, principalmente nas demandas familiares não resolvidas, pois se para a intervenção no conflito fosse necessária apenas a

aplicação da lei, não se teria necessidade de diálogo, daí a importância de coexistir dentro do mesmo ambiente o espaço de mediação e de serviços multidisciplinares.

Entre os anos de 2016 e 2017, enquanto foram instaladas, respectivamente, 3.226 (ano 2016) e 2.120 (ano 2017) sessões de mediação, foram atendidos somente em 2017 no Setor de Cidadania 3.681 (média de 306 atendimentos multidisciplinares mensalmente). Lembrando que os atendimentos feitos no Setor de Cidadania referem-se aos projetos interdisciplinares criados com a estrutura específica da Casa da Família, a saber: oficina de parentalidade, constelação familiar, fortalecimento de vínculos, CRAVI; atendimento psicológico; homem integral; coaching; harmonização familiar; o corpo fala, etc....

A partir do aumento do número de projetos específicos da Casa da Família, observou-se uma diminuição expressiva das sessões de mediação, o que nos permite supor que o aumento de espaço destinado ao tratamento dos conflitos familiares reduz o número de reclamações e também evita-se a instalação efetiva de sessões de mediação.

É exatamente a informação obtida diretamente na Secretaria do CEJUSC: os números das demandas iniciais (reclamações) são praticamente idênticos. (fonte MOVJUD WEB - CEJUSC). Todavia, a partir do momento em que os envolvidos são estimulados à participação voluntária dos projetos interdisciplinares ou quando tomam conhecimento da existência de outras formas de solucionar conflitos familiares (seja na triagem, diretamente com os mediadores ou através da Juíza Coordenadora), as partes ou desistem dos pedidos ou optam pelo encaminhamento das demandas através de projetos específicos (fonte Secretaria do CEJUSC) o que explica, de certa forma, a redução das sessões de mediação e aumento dos atendimentos no Setor de Cidadania. Observa-se que no ano de 2017 (quando os projetos interdisciplinares foram instalados e ampliados), do número inicial de reclamações (3.541), apenas 2.120 foram efetivamente encaminhadas para a mediação. Por outro lado, o Setor de Cidadania recepcionou 3.681 atendimentos espontâneos, o que evidencia que o aumento do número de participantes dos projetos corresponde à redução do número de sessões de mediação efetivamente instaladas.

Por isso, pode-se dizer que, dedutivamente, o arcabouço teórico que orienta a mediação é, especificamente, adotado na casa da Família porque a análise quantitativa demonstra a dinamicidade da mediação, expressada na voluntariedade

dos mediados quando procuram a Casa da Família, e, por fim, a finalização do atendimento com as diretivas para o encaminhamento a ser dado, escolhido pelo mediados.

Outra conclusão: mediação e projetos interdisciplinares devem caminhar de forma coordenada, pois são ações que se complementam. A pesquisa quantitativa indica uma tendência de diminuição das sessões de mediação à medida em que as partes têm à disposição outros mecanismos de solução de conflitos familiares.

Diante do que ficou apurado em nossa pesquisa de campo, verifica-se que a “Casa da Família” é uma alternativa célere, gratuita e desburocratizada para se solucionar conflitos familiares. A gratuidade é, em um primeiro momento, fator considerável na decisão de utilizar o projeto.

5.1.2 Análise qualitativa

As entrevistas foram realizadas em datas e meses variados em razão da dificuldade em agendar horário com os funcionários e mediadores e a impossibilidade de localizar os mediados selecionados.

Notamos, de início, que a interdisciplinariedade, que se cristaliza na Casa da Família, ocorre de forma horizontal – não existe uma supremacia de uma área em relação a outra. O que importou foi descobrir que não existe um modo de enxergar a mediação familiar. Nas palavras da funcionária Elisabete Tenório, 2017: *“há várias metodologias a serem adotadas na mediação. O conflito precisa ser entendido como algo normal e tratado adequadamente.”*

Sobre a teoria habermasiana ou sistêmica abordada no capítulo 3, afirma a referida funcionária : *“a mudança de um provoca a mudança de outro e de todo o sistema; é o estudo da interação das pessoas a partir de determinados comportamentos. A reposta à utilização da teoria transformativa ocorre quando o mediado entende o conflito, conseguindo transformá-lo, nesse momento ocorre a mediação”.*

Os sujeito conflitantes desempenham protagonismo na solução dos conflitos dentro da Casa da Família. Foram observados variados métodos adotados pelos mediadores durante as sessões de mediação. O que importou em nossa pesquisa foi descobrir que não há uma forma só de pensar a Mediação Familiar, há diferentes formas segundo a linha teórica de cada profissional e esse pensamento está bem

descrito a seguir. *“Há diferentes formas segundo a linha teórica, por isso ela não visa apenas uma resolução do conflito”, mas entender como o conflito é inerente aos processos da vida, dinâmicas familiares e, desta forma entender que, “há metodologias a serem adotadas na sessão de Mediação, [...] orientadas pela perspectiva que a gente costumava chamar de ressignificação dos conflitos”* (mediadora Fabiana Cristina, 2017).

Quanto à interdisciplinaridade entre as áreas envolvidas no projeto, evidencia-se a pertinência dessa prática para os funcionários e mediadores que integram o núcleo e, sobretudo, para os mediados, pois o *“contato do profissional, com estas áreas, o fez perceber os fenômenos, as dinâmicas familiares de outro modo”. Uma transmutação na intervenção feita no conflito: “[...] antes de passar pela mediação familiar, meu atendimento teria sido assim, quer se separar? Dá-me os documentos e tal. E hoje, eu fico me perguntando, quantas coisas estão junto com um processo de divórcio, de um pedido de separação?”* (Elizabete Tenório).

Além do protagonismo, a alteridade se fazia e se faz presentes, pois a intenção nas sessões de mediação era tentar fazer com que eles tivessem um olhar sobre a própria situação, clarificar, os limites, a alteridade, de uma relação com o outro, enfim, isto era uma *“prática que a gente tinha no sentido de que a todos os conflitos se desse uma chance para que houvesse uma possibilidade de ressignificação sem que houvesse essa disputa ou essa cultura adversarial”* (mediadora Fabiana Cristina, 2017).

Lembrando que a ressignificação de conflitos aqui tratada nos remete ao pensamento waratiano⁷⁶ nominado de mediação hedonista-cidadão⁷⁷. Esse pensamento de Luis Alberto Warat impacta a relevância do papel do mediador que deverá buscar, “a possibilidade de outra concepção do Direito sensível às experiências de emancipação: a alteridade como base de uma concepção

⁷⁶Luis Alberto Warat não trabalha a mediação como interdisciplinariedade nem como transdisciplinariedade. “Como el lector habrá notado no hablo de interdisciplinariedad, ni de transdisciplinariedad, prefiero trabajar con la noción de mediación de los saberes.” (WARAT, 2001, p. 43).

⁷⁷Para Warat, o mediador não deve se preocupar em intervir no conflito, de modo a transformá-lo, uma vez que muitas coisas no conflito estão ocultas, mas mesmo não evidenciadas, consegue-se senti-las. Aliás, na concepção de Luis Alberto Warat, “assim como para os demais surrealistas, as palavras assim como a arte, não existem para apaziguar, muito pelo contrário, existem para vivenciarmos o que está reprimido”. A mediação, nesta concepção, assume vital importância “como pedagogia revolucionária de reconstrução de vínculos esmagados.” (WARAT, 2010, p. 18).

emancipatória do Direito” (WARAT, 2010, p. 87), o que somente será possível quando este se abrir para uma mediação de sentidos.

O papel do mediador também está bem presente e as funções muito bem delineadas dentro da Casa da Família sendo aquela que pensamos no campo teórico descrito no capítulo 2 e 3. [...] *o papel do mediador é esse terceiro imparcial, imparcial, não é só alguém que ouve e não faz nada, é alguém com capacidade em conduzir e construir esse diálogo, essas pessoas não tinham conversado, mas conviveram, é ter habilidade de saber conduzir* (mediadora Lilian de Santa Cruz, 2017).

Com base naquilo que expusemos no capítulo 2, ao tratar da deficiência de divulgação dos mecanismos consensuais autocompositivos, imperioso destacar a compreensão que deve orientar a mediação como um serviço prestado à comunidade, pois há significativa desconfiança de que o acordo não trará segurança jurídica; logo, necessária é a divulgação, pois a Mediação “precisa ser melhor compreendida, melhor aceita, não só por aqueles que estão querendo promover a Mediação, mas pelos mediados também, pois não basta ser prevista em lei se sua aplicação não é condizente com a complexidade existente, necessitando de capacidade técnica e pessoal, além de paciência e um perfil todo moldado para isso. Ou nas palavras a seguir, *“Mediação envolve liberdade e autonomia das partes”* (mediadora Cláudia Regina, 2017).

Não se pode deixar de enfatizar o empoderamento que a mediação propicia. No caso que nos foi relatado na pesquisa de campo, observou-se que decisões difíceis só foram tomadas porque havia acompanhamento interdisciplinar e prévio encaminhamento aos projetos dentro da Casa da Família.

São tecidas algumas considerações específicas da Casa da Família:

“Os mediados afirmam que há celeridade na intervenção e na confecção do acordo” (MEDIADOXXX, 2017). *“Não tem tanta enrolação, tanto que nem no juiz a gente não foi, só foi feito ali e depois mandado o processo para o juiz, e veio a decisão”* (MEDIADO XXX, 2017).

Diante dos relatos colacionados, observa-se que a mediação, e em especial a Casa da Família de São Vicente, atende as prerrogativas de um espaço participativo, democrático colocado em prol dos conflitos conjugais/convivenciais e parentais. Em relação às narrativas dos mediados, percebe-se que a mediação é

muito mais abrangente do que se pode imaginar e a complexidade da intervenção está intimamente ligada com a complexidade do próprio conflito familiar.

5.2 Percepções sobre o que poderia melhorar no projeto

I. Remuneração e ajuda financeira para custeio de cursos de aprimoramento – Até o advento da Lei Estadual nº 15.804/2015 do Estado de São Paulo, a regra geral era que a mediação consistia em atividade voluntária e não remunerada, o que gerava (e ainda gera) maior rotatividade no quadro de mediadores e dificulta o processo de profissionalização. Todavia, ainda hoje, no Estado de São Paulo, a remuneração ainda não foi implantada. O Poder Executivo considera que a verba é da alçada do Poder Judiciário enquanto este alega insuficiência orçamentária para colocar em prática a referida lei.

É preciso considerarmos os mediadores como novos atores sociais na administração da justiça. Por isso, é importante que haja no Tribunal o reconhecimento dos serviços prestados, o que influi também na criação de uma identidade profissional, estabelecimento de remuneração adequada e de incentivos para a qualificação do corpo de mediadores.

II. Defensor e Promotor público de plantão – para que o projeto de mediação seja mantido, aperfeiçoado e, ainda, consolidado de forma permanente na cultura da comunidade local, é preciso, antes de tudo, da adesão dos protagonistas na empreitada. A partir da conscientização do Tribunal de Justiça, Ministério Público e Defensoria Pública, é preciso pensar que a gestão dos CEJUSCs, especialmente aqueles voltados para a área de família como é o caso da Comarca de São Vicente, passa pela designação contínua e fixa de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos. Todos desempenham papéis relevantes e, por isso, a compreensão dos objetivos do CEJUSC voltado à área da família requer mudança de paradigmas e algum esforço adicional sendo certo que os resultados obtidos recompensam generosamente a dedicação investida. Um Magistrado comprometido, como é o caso da Juíza Coordenadora Vanessa Aufieri da Rocha e sua sensibilidade social, que vislumbrou um projeto voltado à área de família, com resultados expressivos apesar do pouco tempo de instalação. A participação do promotor de justiça dentro da Casa da Família pode se dar pela participação na sessão de mediação quando sua intervenção se fizer necessária ou, ainda, nas

atividades de atendimento e encaminhamento ao público, prestando esclarecimentos à comunidade local e divulgando a possibilidade de utilização da mediação. Aos defensores público e advogados em geral não só poderão se preparar e se habilitar como mediadores, como poderão prestar serviços relevantes e diferenciados aos jurisdicionados.

III. Aumento do número de funcionários e programa de capacitação dos mediadores e metodologia de trabalho – Após a habilitação dos candidatos a mediador, é preciso investir na sua capacitação para formar um corpo de mediadores preparado para atuar na área da família.

Há que se consignar, inicialmente, que os programas⁷⁸ dos cursos voltados à habilitação de mediadores são excessivamente genéricos, sem apresentar conteúdo específico destinado aos conflitos familiares. É surpreendente e lamentável que os conflitos familiares não recebam tratamento adequado na etapa de capacitação, formando profissionais sem experiência adequada mínima, exigindo dos juízes coordenadores treinamento específico mesmo após a obtenção de certificados junto às instituições habilitadas pelo CNJ. Propomos aqui, portanto, uma série de etapas que entendemos conjugar teoria à prática.

⁷⁸ Confira-se a grade curricular em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em 22.mai.2018. O curso de capacitação básica dos terceiros facilitadores (conciliadores e mediadores) tem por objetivo transmitir informações teóricas gerais sobre a conciliação e a mediação, bem como vivência prática para aquisição do mínimo de conhecimento que torne o corpo discente apto ao exercício da conciliação e da mediação judicial. **1.1 Conteúdo Programático** No módulo teórico deverão ser desenvolvidos os seguintes temas: a) Panorama histórico dos métodos consensuais de solução de conflitos. Legislação brasileira. Projetos de lei. Lei dos Juizados Especiais. Resolução CNJ 125/2010. Novo Código de Processo Civil, Lei de Mediação. b) A Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos Objetivos: acesso à justiça, mudança de mentalidade, qualidade do serviço de conciliadores e mediadores. Estruturação - CNJ, Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Cejusc. A audiência de conciliação e mediação do novo Código de Processo Civil. Capacitação e remuneração de conciliadores e mediadores. c) Cultura da Paz e Métodos de Solução de Conflitos Panorama nacional e internacional. Autocomposição e Heterocomposição. Prisma (ou espectro) de processos de resolução de disputas: negociação, conciliação, mediação, arbitragem, processo judicial, processos híbridos. d) Teoria da Comunicação/Teoria dos Jogos. Axiomas da comunicação. Comunicação verbal e não verbal. Escuta ativa. Comunicação nas pautas de interação e no estudo do interrelacionamento humano: aspectos sociológicos e aspectos psicológicos. Premissas conceituais da autocomposição. h) Mediação Definição e conceitualização. Conceito e filosofia. Mediação judicial e extrajudicial, prévia e incidental; Etapas - Pré-mediação e Mediação propriamente dita (acolhida, declaração inicial das partes, planejamento, esclarecimentos dos interesses ocultos e negociação do acordo). Técnicas ou ferramentas (co-mediação, recontextualização, identificação das propostas implícitas, formas de perguntas, escuta ativa, produção de opção, acondicionamento das questões e interesses das partes, teste de realidade ou reflexão). i) Áreas de utilização da conciliação/mediação Empresarial, familiar, civil (consumeirista, trabalhista, previdenciária, etc.), penal e justiça restaurativa; o envolvimento com outras áreas do conhecimento. j) Interdisciplinaridade da mediação Conceitos das diferentes áreas do conhecimento que sustentam a prática: sociologia, psicologia, antropologia e direito.

A primeira etapa consiste na criação de módulos teóricos e práticos específicos destinados aos mediadores interessados em se habilitar em varas da família dentro do programa de capacitação.

Em seguida, sugerimos a apresentação através de reuniões e palestras e o contato direto com o juiz coordenador do CEJUSC. Neste momento, o juiz coordenador apresenta sua proposta, esclarece os objetivos e possibilita a formulação de perguntas e apresentação de esclarecimentos para que os envolvidos tenham a exata dimensão da tarefa desenvolver.

A segunda etapa consiste na realização de curso sobre técnica de solução de conflitos voltados a área da família, a partir de estudos de casos práticos e participação como ouvinte de sessões de mediação presidida por um orientador mais experiente da confiança do juiz. Recomenda-se que os cursos sejam feitos por entidade especializada dentre aquelas filiadas ao CONIMA.⁷⁹ Atualmente, encontra-se sedimentado o envolvimento das Escolas da Magistratura nessa formação, além de universidades que organizam cursos sobre técnicas de solução de conflitos.⁸⁰

Na terceira etapa, como metodologia de trabalho, recomenda-se que os mediadores atuem em regime de co-mediação. Convém que pessoas menos experientes formem parcerias com outros profissionais mais experientes. Nessa fase de implantação, a atenção constante do magistrado coordenador e as reuniões periódicas de trabalho são elementos essenciais para a obtenção de bons resultados.

A pauta das sessões deve ser elaborada com cuidado. O intervalo máximo entre a data do agendamento da sessão e de sua realização deve ser de, no máximo, trinta dias. Conflitos familiares possuem uma característica que difere dos demais conflitos, pois os efeitos deletérios do tempo e da demora em se dar um correto encaminhamento pode acarretar dano de difícil reparação, além de graves prejuízos emocionais aos envolvidos. Recomenda-se reservar uma hora para cada

⁷⁹O Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA é uma entidade que tem como objetivo principal congregar e representar as entidades de mediação e arbitragem, visando à excelência de sua atuação, assim como o desenvolvimento e credibilidade dos MESCs (Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias), sempre observando as normas técnicas e, sobretudo, a ética.

⁸⁰Confira-se no site da EPM “1º Curso de pós-graduação *lato sensu*, especialização em Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, da EPM, conforme a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).” Carga horária, estrutura e programa dos módulos em <<http://www.epm.tjsp.jus.br/Noticias/noticia/34467>>. Acesso em 25.dez.2017.

sessão envolvendo conflitos familiares garantindo tempo para uma melhor qualidade do trabalho em razão da carga emocional inerente aos conflitos.

Quanto à atribuição dos casos aos mediadores, recomenda-se a distribuição de sessões respeitando a preferência por matérias de determinado profissional. É fundamental possibilitar às partes a recusa do mediador que lhes foi designado e o exercício da escolha do profissional de sua confiança. É conveniente que a Casa da Família tenha equipes reservas em caso de afastamento por razões de impedimento ou suspeição.

Concluído este cronograma e considerando as etapas acima descritas, os mediadores estarão habilitados a atuarem individualmente.

O acompanhamento dos trabalhos por advogados, membros do Ministério Público, magistrados e comunidade em geral deve ser constante. Sem prejuízo, a escolha de um mediador coordenador que será o braço direito do juiz coordenador será bastante proveitosa para auxiliar a organização, esclarecer dúvidas dos mediadores, realizar encontros e reuniões técnicas entre os mediadores, observando-se sempre o sigilo profissional. A instituição de regime de supervisão das atividades dos mediadores por mediador mais experiente é medida profícua que garante qualidade do serviço prestado.

IV. Da instalação das Câmaras Privadas de conciliação e Mediação - As Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação, criadas pelo Provimento CSM nº 2287/2015 do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, são credenciadas perante o Tribunal de Justiça mediante requerimento do responsável endereçado ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, indicando os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania perante os quais a câmara tiver interesse na vinculação, e na sua falta, o Centro da Região Administrativa Judiciária local.

Discute-se se a criação e regulamentação das Câmaras Privadas é medida eficaz, e em que medida, para a resolução de conflitos familiares.

Sabe-se que os critérios utilizados para qualificação do mediador judicial divergem daqueles referidos ao mediador extrajudicial. Estabelece-se que os mediadores extrajudiciais podem ser qualquer pessoa que tenha a confiança e credibilidade das partes, bem como a capacidade técnica necessária para fazer a mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho ou entidade de classe. Já o mediador judicial deverá ter graduação completa há pelo menos dois

anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação, e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

Portanto, se a capacitação dos mediadores judiciais já é deficiente porque não voltada para a área de família (como observamos anteriormente), mais arriscado ainda seria delegar a mediação para a iniciativa privada, sem controle ou fiscalização, com grave risco de agravar o conflito familiar ao invés de solucionar.

Lembre-se que a mediação extrajudicial é realizada em ambiente externo, fora do controle dos operadores do direito que comumente velam pelos interesses de menores e vulneráveis, como o juiz coordenador, Promotor de justiça e Defensor Público. Logo, é temerário entregar aos mediadores, sem qualquer critério objetivo de escolha e fiscalização.

Nem mesmo há garantias de que os profissionais que atenderão as famílias possuem algum tipo de treinamento ou capacitação, mesmo porque o Provimento nº 2.348/2016⁸¹, que disciplina o assunto, silenciou a respeito limitando-se a controlar as câmaras em um plano meramente formal, sem perquirir os aspectos qualitativos dos envolvidos.

Se a preocupação aqui é com a qualidade do trabalho, a simples regulamentação pelo Poder Judiciário não é de fato elemento capaz para conferir um “selo” de garantia de desempenho à mediação por câmaras privadas.

Por isso, ao invés de ampliar a utilização da mediação sem qualquer critério, acreditamos que os novos diplomas deveriam se preocupar em garantir a satisfação dos envolvidos através de trabalho de qualidade.

Com efeito, os novos diplomas e atualidades temáticas expressam avanços, é verdade, mas igualmente críticas e dificuldades de implementação e prática.

⁸¹ Artigo 34. O requerimento de credenciamento deverá ser instruído com os seguintes documentos: I – documentos constitutivos da entidade, constando o objeto da atividade – prestação de serviço de conciliação e mediação; II – comprovante de inscrição municipal; III – comprovante de atividade de pessoa jurídica, CNPJ – código 69.11.-7-02 – auxiliares da justiça; IV – indicação dos sócios que a compõem, com documentos de identificação; V – indicação dos mediadores e conciliadores; VI – indicação da sede e local de exercício da atividade; VII – certidão de comprovação de atuação do conciliador e mediador no CEJUSC; VIII – indicação dos CEJUSCs de interesse para homologação de eventuais composições extrajudiciais; IX – compromisso de atendimento gratuito de 20% de casos tendo como parâmetro o número de casos de atendimento no mês anterior; X – certidão negativa de débitos trabalhistas.

Se a ideia da mediação familiar é evitar o “congestionamento” do Poder Judiciário, infelizmente, estamos no caminho errado, pois reafirmamos o pensamento no sentido de que a mediação não deve se ocupar de todas as questões familiares e nem se prestar a esta finalidade.

Aliás, se aceitássemos essa visão reducionista, o número de demandas seria tão ampla que a própria mediação seria abarrotada e os novos projetos fatalmente não alcançariam satisfatoriamente todas as demandas.

Logo, a mediação não pode solucionar a crise do Poder Judiciário. Sua função é solucionar conflitos entre as partes com base na comunicação, e isso precisa ser imediatamente esclarecido às população.

A qualificação dos profissionais e o zelo pela excelente aplicação do processo deve ser a palavra de ordem, aliada à compostura ética. A mediação, ainda que aplicada extrajudicialmente, não pode ser massificada e perder seu principal escopo qualitativo, em troca de um escopo quantitativo.

5.3 Percepções sobre o futuro do programa

Com maiores investimentos do Tribunal de Justiça e dotação orçamentária específica, sem depender de parcerias exclusivamente, além de maior adesão da população em geral a esse tipo de resolução de controvérsia, a tendência é de aprimoramento constante dos mediadores, capacitação e também na colocação em prática da remuneração prevista em lei.

Acreditamos que parcerias são sempre positivas; todavia, a despeito das práticas resultar de apoios institucionais, há também um risco proveniente da possibilidade de retirada da parceria. Por isso, pensamos que a Casa da Família de São Vicente, assim como outros CEJUSCs instalados deveriam contar menos com parcerias e mais com dotações orçamentárias específicas.

A experiência de mediação familiar bem sucedida criada em São Vicente, para ser projetada de forma contínua e duradoura como parte integrante da cultura da Comarca, deve ter condições de promover e consolidar métodos, de se manter no tempo, independentemente das pessoas que ocupem circunstancialmente posições de liderança.

Sabe-se que um alto grau de institucionalização implica regras consolidadas, que garantam o perfil e a continuidade no tempo de uma prática ou de

procedimentos. Recursos materiais e humanos são fundamentais no processo de construção institucional. Recursos materiais sustentam as atividades, fornecendo os meios para o desenvolvimento das práticas. A especialização e a capacitação, por sua vez, garantem a profissionalização e o aperfeiçoamento dos programas irá melhorar nos próximos anos.

CONCLUSÃO

A família é uma construção social, que foi sendo transformada ao longo da história, constituindo o que temos hoje: uma diversidade de formas de “ser família”.

A Constituição Federal confere papel de relevo e proteção à família atual, estabelecendo ser ela a base da sociedade, devendo o modelo clássico de família abrir espaço a outras formas baseadas em vínculos diversos.

Entendemos que os conflitos são inerentes às relações humanas, especialmente nas relações familiares, uma vez que existe uma diversidade de interesses e necessidades, que muitas vezes não são compartilhados pelas pessoas que constituem uma família.

A partir da existência dos conflitos advindos do ambiente familiar, para nós é importante que se tenha uma forma de atuar junto a esses conflitos, cuidando dos vínculos afetivos que ligam os familiares, adotando-se a mediação como prática visando o fortalecimento e respeito do espaço coletivo familiar.

O moderno processo civil pátrio vem seguindo a tendência nacional de pacificar conflitos e incentivar meios não adversariais. O NCPC e a Lei de Mediação, agora, não apenas estimulam, mas também tornam realidade os meios complementares de resolução de controvérsias. Não se limitaram em prever a mediação, mas igualmente em regulamentar os CEJUSCs, o papel do mediador, princípios informadores, ou seja, cuidou para que os métodos não adversariais existam de forma efetiva.

A mediação é um meio de tratamento dos conflitos, onde uma terceira pessoa, imparcial em relação ao conflito e multiparcial em relação às pessoas envolvidas no conflito, tem o papel de facilitador do diálogo, buscando a construção de um contexto conversacional, promovendo a cooperação, favorecendo a comunicação e a responsabilização dos envolvidos na busca por soluções para os conflitos.

Dentro do mecanismo autocompositivo, além de o mediador buscar normas jurídicas estatais que sobre a família incide, é possível pensar a solução de conflitos a partir de normas internas particulares surgidas com o casal, os conviventes ou na própria relação paterno-filial consoante seus valores, costumes e decisões que pautarão a formação, desenvolvimento e, se for o caso, a dissolução da união.

Neste cenário, marcado por situações complexas que clamam por reconhecimento jurídico é que se apresenta o problema levantado nesta pesquisa: a mediação tutela efetivamente a família contemporânea e permite a busca da decisão mais adequada? A criação de estrutura própria e programas específicos dentro do CEJUSC possuem efeitos positivos para a solução dos conflitos familiares? A prática interventiva em que os envolvidos encaminham a solução de seus próprios conflitos a partir de suas próprias compreensões e decisões são ferramentas que propiciam a participação equânime dos envolvidos?

Muito se tem falado e escrito sobre o tema “mediação” e assim tem acontecido também no Brasil. É salutar que assim seja, desde que a mediação não seja considerada como solução para todos os conflitos.

O desafio do presente trabalho foi examinar, a partir de estudo empírico e coleta de dados da Casa da Família da Comarca de São Vicente, quais as condições necessárias a serem alcançadas para que a mediação seja institucionalizada no âmbito do Poder Judiciário e os efeitos positivos que a interdisciplinaridade alcança na solução de conflitos familiares.

Este trabalho sustenta a maior difusão possível da prática da mediação, mas também considera necessária a criação de metodologia, regras próprias e estrutura autônoma em relação ao ambiente judicial.

A partir das hipóteses formuladas inicialmente, conclui-se que:

1. A mediação não pode ser considerada apenas um meio de desafogar o Poder Judiciário, mas a partir de suas qualidades e bases constitutivas. Os núcleos de mediação constituídos dentro dos CEJUSCs precisam ter suas funções bem delineadas, com objetivos claros dos programas a serem criados dentro desse ambiente.

2. Além das regras e programas bem definidos, a mediação somente é positiva quando for considerada um mecanismo inserido dentro do Poder Judiciário, porém autônomo, independente e que não exclua outras portas de acesso na solução de conflitos. Triagem, procedimentos, programas e operadores envolvidos precisam ter papéis claros. Nesta convivência de CEJUSC e processo judicial, é muito importante evitar que a população enxergue os mecanismos autocompositivos como de segunda classe, daí porque a triagem é considerada essencial para servir como um filtro às questões que realmente são cabíveis dentro da mediação.

3. Estando inserido o CEJUSC dentro do Poder Judiciário, espera-se o suporte e estrutura adequadas com dotação orçamentaria específica para tal finalidade, pois os centros precisam sair da sombra do Judiciário e ganhar espaço próprio.

4. É necessário reconhecer que a mediação familiar precisa encontrar um espaço próprio voltado exclusivamente para a solução de conflitos familiares. Dentro dessa estrutura específica, para uma melhor eficácia, a interdisciplinariedade permite a condução do conflito e sua intervenção através de projetos específicos.

A pesquisa foi realizada no ano de 2017 tendo como objeto o desenho e formato da Casa da Família de São Vicente. Tratou-se de examinar os dados das planilhas estatísticas e entrevistas dos mediados, funcionários e mediadores. O objetivo foi melhor conhecer o projeto e contrastar com outras experiências para que sobressaia a metodologia do CEJUSC voltado exclusivamente à área da família.

No contexto das transformações operadas no século XX e início do século XXI, busca-se um novo paradigma para a prestação jurisdicional. Movimentos voltados à promoção do acesso à justiça, duração do processo e redução de custos exigem o aperfeiçoamento de formas alternativas de solução de conflitos abrindo possibilidade de autonomia e empoderamento dos envolvidos.

Pudemos ver que o fato dessa mudança de paradigma estar sendo incutida na sociedade brasileira, via Poder Judiciário, pode contribuir com a maior e mais rápida aceitação desse meio alternativo. Afinal, as relações interpessoais familiares exigem atuação mais abrangente dos conflitos, que precisam ser abordados sob uma ótica multidisciplinar.

O Poder Judiciário, a partir da Resolução nº 125, de 29/11/2010, assumiu o protagonismo com a institucionalização de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania com ênfase na mediação. Mas é bom frisar que a criação de CEJUSC não deve ser pensada para suprir as falhas ou corrigir distorções do Poder Judiciário até porque esse é um efeito meramente reflexo de sua utilização.

Nem todos os casos são adequados para a mediação daí porque o processo de triagem merece aperfeiçoamento e parâmetros mais objetivos a partir de regramento uniforme, pois nem todos os casos são adequados para mediação. Aliás, neste trabalho, observou-se que não há atualmente metodologia no encaminhamento dos conflitos familiares levados à mediação.

Conclui-se, ainda, que mediação deve vir acompanhada de outras mudanças, tais como remuneração dos mediadores, orçamento próprio dos CEJUSCs e maior capacitação dos personagens envolvidos. É preciso, portanto, que os operadores do direito estejam abertos a essas novas possibilidades.

Por certo, problemas surgirão na implementação do novo modelo: restrição orçamentária, remuneração dos conciliadores, mudança de mentalidade dos cursos de Direito e dos operadores e desenvolvimento de estrutura mínima permanente nas comarcas.

Entretanto, as dificuldades não devem reduzir a importância do esforço, sobretudo em razão dos benefícios a serem alcançados. Espera-se que, com o tempo, a resistência e desconfiança em relação aos meios consensuais perca força.

Ao desenvolver as entrevistas buscamos investigar, o que é próprio da pesquisa acadêmica, aquilo que acreditamos e pudesse contribuir com os profissionais que trabalham com famílias.

O que pudemos compreender é que a mediação mais adequada para o tratamento de conflitos familiares é constituída por uma complementaridade de saberes, sendo assim, a interdisciplinaridade está na sua essência.

Essa interdisciplinaridade enriquece a mediação, na medida em que uma pluralidade de olhares pode contribuir para auxiliar as famílias a decidirem de forma autônoma o que preferem para suas situações.

Ainda, tem-se que, quando o espaço e estrutura são voltados apenas para conflitos familiares, os resultados alcançados são mais eficazes: funcionários e mediadores mais qualificados, programas específicos e espaço acolhedor.

A mediação, portanto, tem muito a ofertar para o trabalho com famílias, interessando a todos aqueles que atuam profissionalmente nesse contexto. Com o desenrolar da pesquisa, cremos que tenha ficado evidente a necessidade de formação profissional específica do mediador, bem como a importância de seu papel. O mediador precisa desenvolver habilidades conversacionais e emocionais para conduzir de forma responsável a conversa com os mediados e saber promover o encaminhamento de conflitos para os programas interdisciplinares dentro da estrutura do CEJUSC.

Trata-se de uma técnica que utiliza elementos da comunicação, adequada para a escuta qualificada, prestando-se, com muita eficácia, a concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana.

A interdisciplinaridade foi reconhecida por nossos entrevistados como fundamental para a mediação, não havendo como pensar em mediação, sem pensar numa multiplicidade de contribuições interagindo.

A inclusão da mediação familiar interdisciplinar ao processo civil brasileiro é um sinal de sua importância conservando as características que lhe são essenciais e começa a ser reconhecida como preciosa ferramenta para o Direito de Família.

REFERÊNCIAS

- ACLAND, Andrew Floyer. Como utilizar la mediación para resolver conflictos em las organizaciones. Barcelona: Paidós Ibérica, 1993.
- ALBERTARIO, Emílio, *Corso di diritto romano*, Le obbligazioni solidali, Milano, Giuffrè.
- ÁLVAREZ, Gladys Stella. La Mediación y El Acceso a Justicia. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editores, 2003.
- ASSIS, Araken de. O direito comparado e a eficiência do sistema judiciário. Revista do Advogado nº 43, São Paulo: AASP, 1994.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto de família de fato*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Jurídica Atlas, 2002.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de, IN o *Direito Civil tende a desaparecer?*, Revista dos Tribunais, vol. 472, fev. 1975.
- BANDEIRA, Susana Figueiredo. *A mediação como meio privilegiado de resolução de litígios*. In: Julgados de paz e mediação: um novo conceito de justiça Lisboa: Associação Académica da Faculdade Direito, 2002.
- BARBOSA, Águida Arruda. *Guarda compartilhada e mediação familiar*, in Revista Nacional de Direito da Família e Sucessões. Porto Alegre: Magister, 2014.
- _____. *Mediação familiar: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2003.
- _____. *Mediação: uma nova ordem social*. Instituto Brasileiro de. Direito de Família. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6006/Mediação%3A+uma+nova+ordem+social>>. Acesso em 25/09/2017.
- BARROS, Sérgio Resende de. *A ideologia do afeto*. Revista Brasileira de Direito de Família, v. 4, n. 14. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história*. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO; Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Atualizado por Achilles Bevilaqua. 8. Ed. Rio de Janeiro: Livraria Francsico Alves, 1950, v. 2.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *O futuro da democracia* – Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BODIN de MORAES, Maria Celina, O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo, *in* SARLET, Ingo Wolfgang (organizador), Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, Porto Alegre Editora Livraria do Advogado, 2003, p. 105/147.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano, le obbligazione*, vol IV. Milano: Giuffrè, 1979.

BRASIL. Constituição federal do brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 09/04/2017.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm#art1634. Acesso em 22/05/2017.

_____. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. *Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm. Disponível em 18/12/2017.

_____. *Ordenações Filipinas*, de 11 de janeiro de 1603, *In*: PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Resolução nº 175, de 14/05/2013 do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1754>>. Acesso em 09 de janeiro de 2018.

BRAZIL, Wayne D. *Continuing the conversation about the current stauts and the future os ADR: a view from the Courts*. Journal of Dispute Resolution, vol 11, 2000.

BUSH, FOLGER. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. San Francisco: Jossey Bass, 2005.

BUSH, Robert A. Baruch; POPE, S. Ganong. Changing the quality of conflict interaction: the principles and practice of transformation mediation. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, n. 69, p.83, 2002-2003.

CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e com o novo CPC. São Paulo: RT, 2015.

CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. *Negociación y mediación – Instrumentos apropiados para la abogacia moderna*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil: la famille: les incapacités*. Paris: Puf, 1992.

_____. *Flexible droit*. 8. Ed. Paris: LGDJ, 1995, p. 239.

_____. *Droit Civil*, t. 2, 21^a ed, Paris, 2002.

CARRASCO ANDRINO, Maria del Mar. *La mediación del delincuente-victima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (uma aproximación a su funcionamiento em Estados Unidos)*. In: Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate, Madrid, 1999, nº 34

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. P. 89.

CINTRA, Roberto Ferrari de Ulhôa. *A Pirâmide da Solução dos Conflitos uma contribuição da sociedade civil para a reforma do judiciário*. São Paulo: Edusp, 2005.

COBB, Sara, RIFKIN, Janet. *Practice and Paradox: deconstructing neutrality in Mediation*, Law & Society Inquiry, vol 16, 1991, 35-62. Sobre mediação narrativa, há também WINSLADE, John; MONK, Gerald. *Narrative Mediation: A new approach to conflict resolution*. San Francisco CA: Jossey-Bass, 2000.

CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. *As Obrigações Solidárias em Direito Romano*. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66348/68958>>. Acesso em 06/12/2017.

COSTA, Alexandre Araújo. *Cartografia dos métodos de composição de conflitos*. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, v. 3, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. São Paulo. Martins Fontes, 2000.

COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Poder Judiciário, Justiça e Eficiência: Caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva?* In: Coleção Empresa, Justiça e Sustentabilidade – v. 3 – Justiça e [o paradigma da] eficiência: celeridade processual e efetividade dos direitos. Coordenadores: Vladmir Oliveira da Silveira; Orides Mezzaroba; Mônica Bonetti Couto; Samyra Haydêe Del Farra Napolini Sanches. Curitiba: Clássica, 2013.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Brazilian family law in the twenty-first century and psychoanalysis*. In: BAINHAM, Andrew (Ed.). *The International survey of family law*. Bristol: Jordan, 2002.

_____. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social*. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 16. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2003-B.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CUNHA, Alexandre do Santos. *Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CURADO SILVEIRA, Rubens. *Gestão judiciária: o que gritam os números da justiça*. In: *Dez anos de reforma do judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça*; Organiz.: STOCO, Rui; PENALVA, Janaína. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. Ver. E atual. Por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991. P. 2.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 3ª edição, ver, atual e ampl, São Paulo, RT, 2007.

_____. *Manual de direito das famílias*. 9ª edição. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Prefácio. In: SILVA, Evandro Luiz. et al. *Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do Guardião: Aspectos Psicológicos, Sociais e Jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINIZ, Aline Marilurdes Generoso Cangussu. *Um paralelo atual da mediação em direito de família no Brasil e na Argentina*. In: *Revista Jurídica do Instituto Universitário Brasileiro*. Disponível em http://www.iunib.com/revista_juridica/2012/03/20/um-paralelo-atual-da-mediacao-em-direito-de-familia-no-brasil-e-na-argentina/ Consultado em 28 de agosto de 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 22ª edição. São Paulo. Saraiva, 2007.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. A guarda dos filhos na família em litígio. São Paulo: Lumen Juris, 2014.

ENTELMAN, Remo. Teoria de conflitos: hacia um nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. A reforma no direito brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, v. LXXVI, 2000.

_____. *Da função pública ao espaço privado: aspectos da 'privatização' da família no projeto do Estado mínimo*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Direito e neoliberalismo - elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

_____. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FAISTING, André Luiz. O dilema da dupla institucionalização do Poder Judiciário: o caso dos Juizados Especiais de Pequenas Causas. In: SADEK, Mria Tereza. O sistema da justiça, São Paulo: IDESP, Sumaré, 1999.

FARINHA, António; LAVADINHO, Conceição. *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*. Coimbra : Almedina, 1997.

FERRY, Luc. Famílias, amo vocês: política e vida privada na era da globalização, tradução Jorge Bastos, Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

FIORELLI, José Osmir; Mangini, Rosana Cathya Ragazzoni. Psicologia jurídica, 4ª Ed. São Paulo, Atlas, 2012.

FIORELLI, José Osmir; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé; MORAES, Daniel Lopes de. *Psicologia na mediação: inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais*. São Paulo: LTR, 2004

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Getting to yes. Negotiating an agreement without giving in. 2. ed. Nova York: Penguin Books, 1991.

FOLGER, J P.; BUSH, R. A. B.. *Mediação transformativa e intervenção de terceiros: as marcas registradas de um profissional transformador*. In SCHNITMAN, D. F.; LITTLEJONH, S.; Novos Paradigmas em mediação. Porto Alegre: Artmed, 1999.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

FREIRE, Paulo. Pedagogia do Oprimido. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. São Paulo: Edusp, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*. Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08: Família, Criança, Adolescente e Idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

GANANCIA, Danièle. *Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da co-parentalidade*. Revista do advogado nº 62, p 7-15. São Paulo: AASP, 2001.

GAUDEMET, Brigitte Basdevant. Um contrat entre l'homme et la femme? Quelques points à travers l'histoire em occident. In: FENOUILLET, Dominique; SOMMIERES, Pascal des Vareilles (Dir). *La contractualisation de la famille*. Paris: Economica, 2001.

GERGEN, K. J. Movimento do Construcionismo Social na Psicologia Moderna. *American Psychologist*, v.40, n.33, p. 266-275, março, 1985.

GIORGIA, José Carlos Teixeira, *A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética*. Porto Alegre: Livro do Advogado, Ed 2007, p. 16-17

GOMES, Orlando. *Direito de família*. Atualizado por Humberto Theodoro Jr. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GORCZEWSKI, Clovis. *Jurisdição paraestatal: solução de conflitos com respeito à cidadania e aos direitos humanos na sociedade multicultural*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HAYNES, John. *Fundamentos de la mediación familiar*. Madrid: Gaia, 1995.

HIGHTON, Elena.; ALVARES, Gladys. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

HIRONAKA, Gilseda Maria Fernandes Novaes. *Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte. Del Rey, 2000.

_____. *A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seus status e seu enquadramento na pós-modernidade*. In: SOUZA, Ivone Candido Coelho de (org). *Direito de família, diversidade e multidisciplinariedade*. Porto alegre: IBDFAM, 2007.

_____. *Família e casamento em evolução*. Revista Brasileira de Direito de Família, 1999.

_____. *A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seus status e seu enquadramento na pós-modernidade*. In: SOUZA, Ivone Candido Coelho de (org). *Direito de família, diversidade e multidisciplinariedade*. Porto alegre: IBDFAM, 2007. P. 12-14.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: 70, 2000.

KASLOW, Florence W & SCHWARTZ, Lita Linzer. *As dinâmicas do divórcio: uma perspectiva de ciclo vital*. São Paulo: Editorial PSY, 1995.

LACAN, Jacques. *Os complexos familiares na formação do indivíduo*. Tradução Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

LETTERIELLO, Rêmo. *Normas universais sobre a mediação de conflitos*. 2017. Disponível em <<http://www.rlmediar.com.br/normas-universais-sobre-mediacao-de-conflitos>>. Consultado em 29 de agosto de 2017.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*. Petrópolis: vozes, 1976.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *A repersonalização das relações de família*. Revista Brasileira de Direito de Família, v. 6, n. 24. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2004.

_____. *Direito Civil*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família - Família e cidadania – O novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Direito civil: famílias*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Princípio da Solidariedade Familiar. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/25364/principio-da-solidariedade-familiar>>. Acesso em 18/05/2017.

_____. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos fundamentais*. Barueri: Manole, 2003.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 2. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2008,

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade*. 2010. Disponível em http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/publico/TESE_COMPLETA_PDF_ADRIANA.pdf Consultado em 22 de janeiro de 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça – Condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZEAUD, Henri et Leon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*. 6ª ed. Paris: Edition Montchrestien, 1976, t. 1, v3.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A Mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MODESTINUS D. 1. 7. 1pr – *libro secundo regularum* e GAIUS D.1.7.2pr – *libro primo instittutionum*. In MADEIRA, Hécio Maciel França, op. *Digesto de Justiniano* 3ª ed. São Paulo. Ed RT, UNIFIEO, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *O Princípio da Dignidade Humana*. In: MORAES, Maria Celina Bodin (coord.) *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 3 ed. rev. e atual. com Projeto de Lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010, Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. V, 2. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. *A família e evolução no direito brasileiro*. In: NADAUD, Stephane. *L'homoparentalité: uma nouvelle chance pour lá famille*. Paris: Fayard, 2002.

_____. *A família e evolução no direito brasileiro*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direitos de família e do menor*. Belo Horizonte Del Rey, 1993.

NADAUD, Stephane. *L'homoparentalité: uma nouvelle chance pour lá famille*. Paris: Fayard, 2002.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de Direito Civil, volume V, Família*. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades, BAGGIO, Moacir Camargo. *Jurisdição: da litigiosidade à mediação*. In: *Revista Direitos Culturais*. V.3.. n.5. Dez.

OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de. *A mediação como o agir comunicativo do consenso*. Trabalho publicado na Revista Diritto.it. disponível em <<http://www.diritto.it/docs/32982-amedia-o-como-o-agir-comunicativo-doconsenso>>. Acesso em 26 de novembro de 2017.

OZORIO NUNES, Antônio Carlos. *Manual de Mediação*. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2016.

PALLAMOLLA, Rafaela da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social*. 2001. Jus navigandi. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/2052>>. Acesso em 25/09/2017

PENA, Conceição Aparecida Mousnier Teixeira Guimarães. *A desigualdade de gênero*. Tratamento legislativo. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 11, n. 432, p. 64, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. 2ª edição. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di diritto romano*. 2ª ed. Roma: Athaeneum; Casa Vallardi, 1928, v. 1.

PONCIANO, Vera Lúcia Feil. *Reforma do Poder Judiciário: limites e desafios*. Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: Fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp086243.pdf>>. Acesso em: 01/09/2017.

PORTO, Alice Costa. *O olhar da lei x relacionamentos familiares*. In: III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002.

QUIROSA, Maria Célia De La Cruz. *Manual teórico práctico de mediación y conciliación*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas, 1999.

RIBEIRO, Catarina Araújo. *Julgados de paz e a desjudicialização da justiça: uma perspectiva sociológica*. In: Julgados de paz e mediação: um novo conceito de justiça. Lisboa: Associação Académica da Faculdade Direito, 2002.

RISKIN Leonard L. *Understanding mediators, orientation, strategies ad techniques: a grid for the perplexed*. Harvard Negotiation Law Review, vol 7, 1996.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação ao subjetivo. In: BOUCAULT, Carlos A.; RODRIGUEZ, J. R. (Org.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROSA, Conrado Paulino da; SPENGLER, Fabiana Marion. *A mediação como Política Pública de tratamento dos conflitos familiares*. In: RODRIGUES, Hugo Thami; COSTA, Marli M. M. da. (org.). *Direito e Políticas Públicas III*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2009, v. III.

RÜFNER, Thomas. *Intestate Sucession in Roman Law*. Oxford. 2015.

RUIZ, Ivan Aparecido. *Breves observações sobre a mediação no âmbito do direito de família*. In: Revista Jurídica Cesumar, v. 3, n. 1. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/260538894/Breves-Observacoes-Sobre-a-Mediacao-No-Ambito-Do-Direito-Da-Familia>. Consultado em 28 de agosto de 2017.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. Estud. av. [online]. 2004, vol.18, n.51.

SALES, Lília Maia de Moraes. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.

_____. *Mediação facilitativa e “mediação” avaliativa – estabelecendo diferença e discutindo riscos*. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242928/000936208.pdf?sequencia=3> 2011. Consultado em 23/04/2018.

SALLES, Carlos Alberto. *Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias e Acesso à Justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada*. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; Wambier, Tereza (Org) Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo. RT: 2006.

SALM, João Batista; DIEHL, Rodrigo Cristiano. *Comunidade e métodos alternativos de pacificação de conflitos: Parceria em busca da emancipação do sujeito*. Disponível em <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13113/2303>. Consultado em 28 de agosto de 2017.

SANDER, Frank, *Variety of Dispute Processing*, In: LEVIN, A. Leo; WHEELER Russel R. The Pud Conference: Perspectives on Justice in the Future. St Paul: West Publishing Co, 1979.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão e PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Lisboa, 1995. Disponível em http://www.anpocs.org.br/porta/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm. Acesso em 13 de janeiro de 2017.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (Organiz.). *Novos paradigmas na resolução de conflitos*. In: Novos paradigmas em mediação. Porto Alegre: Artmed. 1999.

SEREJO, Lourival de Jesus. *A ética e as angústias do juiz de família*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). A família na travessia do milênio – Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIX, Jean François. *Dinâmica da Mediação*. Tradução Aguida Arruda Barbosa, Eliana Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SPENGLER, Fabiana Marion. *A mediação comunitária como meio de tratamento de conflitos*. Pensar, Fortaleza, v.14, n.2 p. 271-285, jul./dez.2009.

_____. *Fundamentos políticos da mediação comunitária*. Ijuí: Ed. Unijui, 2012.

SUARES, Mediacion: conduccion de disputas, comunicacion y técnicas. Buenos Aires, Paidó, 2008.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Forense, Rio de Janeiro: Método, São Paulo, 2008.

_____. *Mediação nos Conflitos Civis*. 2ª. Ed, ver, atual e ampl. Rio de Janeiro; Forense, 2015.

_____. *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos*. Disponível em <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>>. Acesso em 19/12/2017

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil Vol. 1 – Lei de Introdução e Parte Geral*. 6ª edição. São Paulo: Método, 2010.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil Vol. 5 – Direito de Família*. 8ª edição. São Paulo: Método, 2013.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TAVARES, Fernando Horta. *Mediação & Conciliação*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direitos de família e do menor*. Belo Horizonte Del Rey, 1993.

TELES, Maria Amélia de Almeida. *Breve história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela jurídica da filiação: aspectos constitucionais e estatutários. In: PEREIRA, Tânia da Silva. *Estatuto da Criança e do Adolescente: estudos sócio-jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. Novas Formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ÚLTIMO SEGUNDO. *Jovem se casa com cachorro em cerimônia luxuosa na Índia*. São Paulo. Disponível em <<http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/mundo-insolito/2014-09-03/jovem-se-casa-com-cachorro-em-cerimonia-luxuosa-na-india.html>>. Acesso em 30/11/2017

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

VEZZULLA, Juan Carlos. A mediação. O mediador. A justiça e outros conceitos. In: *Mediação: métodos de solução de controvérsias*. Coordenação: Ângela Oliveira. São Paulo: LTr, 1999.

_____. *Mediação: teoria e prática e guia para utilizadores e profissionais*,

VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

VILELA, Sandra Regina. *Meios Alternativos de Resolução de Conflitos*: arbitragem, mediação e juizado especial. 2003. Disponível em < <http://www.apase.org.br/40107-meiosalternativos.htm>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

VILHENA NUNES, José Carlos Amorim. *Novos Vínculos Jurídicos nas Relações de Família*. São Paulo: Edusp, 2009.

WALD, Arnaldo. O novo direito de família. Saraiva, São Paulo, 2002.

WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador, v. 1. Florianópolis, Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. Modalidades de Mediação. Série Cadernos do CEJ, n. 22. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2001.

_____. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. 2011. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf> Acesso em 12 de janeiro de 2017.

WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador, v. 1. Florianópolis, Habitus, 2001.

_____. A rua grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução e organização Vívian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Júnior; Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

YANIERI, Alcira Ana. *Mediación en el divorcio*: alimentos y régimen de visitas. Argentina: Juris, 1994.