

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS – CCSA
CURSO BACHARELADO EM DIREITO

ISADORA DA COSTA SOARES

**A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL NO DIREITO
DE FAMÍLIA**

TERESINA
2018

ISADORA DA COSTA SOARES

**A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL NO DIREITO
DE FAMÍLIA**

Trabalho de Conclusão do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Piauí, realizado sob a orientação da Prof.^a Mestra Patrícia Caldas Meneses

TERESINA
2018

ISADORA DA COSTA SOARES

**A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL NO DIREITO
DE FAMÍLIA**

Trabalho de Conclusão do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Piauí, realizado sob a orientação da Prof.^a Mestra Patrícia Caldas Meneses

Aprovada em: _____ / _____ / _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Mestra Patrícia Caldas Meneses
Orientadora

Examinador(a)

Examinador(a)

TERESINA
2018

Ao Pai do Céu que, diariamente, é meu consolo e minha fonte eterna de esperança. À minha mãe, que é a razão pela qual insisto em continuar sonhando.

AGRADECIMENTOS

Só clichê e comum dedicar o primeiro agradecimento sempre a Deus, mas, talvez, alguns clichês sejam dotados de imensa verdade. Porque seria impossível não iniciar os agradecimentos deste trabalho mencionando quem é a razão de eu ter conseguido chegar até aqui. É Ele, acima de tudo, esta vitória, o fechamento deste ciclo que um dia eu pensei não mais ter fim. A Ele, elevo meu ser em gratidão.

À Maria, minha mãe do céu, a quem tantas vezes pedi a intercessão e prontamente fui atendida.

Agradeço também à minha incrível mãe, Antonia, que lutou e luta todos os dias para que eu tenha as oportunidades que ela não teve. É dela que provém a força e a coragem, a resiliência e a fé para que eu nunca desista. Agradeço-lhe por ter me dado nunca menos que o seu melhor, indo de encontro a julgamentos e toda gama de dificuldades para me transformar na mulher que sou hoje.

Ao Adriano, que nunca me deixou esquecer do quanto sou capaz de alçar grandes voos. Por todo o apoio e incentivo, pelos abraços e pelo colo que tantas vezes acalmaram meu coração cansado. Pela casa silenciosa que tantas vezes me foi oferecida para que eu pudesse escrever e pela parceria diária.

À minha terapeuta, Cláudia Fernanda, que escutou todas as lamúrias e desesperos acerca deste trabalho e foi peça fundamental para que eu não entregasse os pontos.

Aos amigos, que sempre disseram que ia dar certo e compreenderam minhas ausências. Em especial, aos queridos Leo e Anália, sem cuja ajuda eu jamais teria conseguido terminar, à Raíla, pela sua insistente mania de sempre acreditar em mim, às vezes mais que eu mesma, e ao Ryann, pelas mensagens de incentivo todas as madrugadas.

À professora Patrícia, pelo acolhimento e pela compreensão durante o desenvolvimento do trabalho.

Por fim, agradeço a todos que, de alguma forma, contribuíram para a minha formação. É chegado o fim de uma etapa. Que a esperança e a coragem nunca me faltem, é o que peço.

“A paz não é, não pode ser nem nunca
será a ausência de conflitos, mas o
domínio, a gestão e a resolução dos
conflitos por meios diferentes da violência
destruidora e mortífera.”

Jean-Marie Muller

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo abordar o instituto da mediação nos seus aspectos mais relevantes e demonstrar como ele pode funcionar como o meio mais adequado para solucionar conflitos advindos das relações familiares, uma vez que busca chegar a tal solução através do restabelecimento do diálogo entre as partes. O estudo busca, primordialmente, demonstrar que, em se tratando de conflitos familiares, a mediação tem fundamental relevância pois trata não somente as questões jurídicas que envolvem a demanda, mas também a dimensão subjetiva delas, que ficam em segundo plano em um processo judicial. Destaque-se que, ao devolver o protagonismo do conflito aos interessados, a mediação atua como verdadeiro instrumento de pacificação social, uma vez que age não somente na intenção da solução aparente, mas evita o surgimento de novos conflitos e ainda contribui para o contorno da crise enfrentada pelo judiciário, que atualmente se encontra abarrotado de processos e não mais consegue apresentar soluções satisfatória às contendidas.

Palavras-Chave: Mediação. Direito de Família. Conflitos. Pacificação social.

ABSTRACT

The present paper has as a scope to approach the institute of mediation in its most relevant aspects and demonstrate how it can work as the most adequate way of settlement of conflicts, especially when it comes to family conflicts, once it seeks to promote the conversation between the ones who are part in the conflict. The study searchs to demonstrate mainly that, when it comes to family conflicts, the mediation has fundamental importance, since it deals not only with the legal issues of the dispute, but also its subjectives dimensions, that normally stay behind in a legal action. It should be noted that, as the mediation gives back the protagonism of the conflicts to the concerned parts, it also acts like a true instrument of social pacification, since it acts not only in the apparent solution, but also avoids the emergence of new conflicts and helps to avoid the crisis faced by the Judiciary, which is currently full of actions and no longer can present satisfactory solutions to the disputes

Key-words: Mediation. Family Law. Conflicts. Social pacification.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADR	Alternative Dispute Resolution
ART.	Artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
RADs	Resolução Apropriada de Disputas
STF	Supremo Tribunal Federal
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A CRISE DA GESTÃO DA JUSTIÇA E OS MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	12
1.1 Histórico	12
1.2 A Crise da Gestão da Justiça.....	15
1.3 As Ondas Renovatórias de Acesso à Justiça	18
1.4 Os Meios Adequados de Solução de Conflitos.....	22
2 DIREITO DAS FAMÍLIAS	26
2.1 A Evolução do Conceito de Família	26
2.2 Princípios Aplicáveis ao Direito de Família	27
2.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	27
2.2.2 Princípio da Afetividade.....	28
2.2.3 Princípio da Solidariedade Familiar.....	29
2.2.4 Princípio da Proteção da Criança, do Adolescente e do Idoso.....	29
2.2.5 Princípio da Isonomia Entre os Cônjuges.....	30
2.3 Conflitos Familiares.....	30
3 A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL NO DIREITO DE FAMÍLIA	33
3.1 Mediação	33
3.1.1 Conceito e princípios aplicáveis	33
3.1.2 O Mediador	35
3.2 A Mediação Como Instrumento de Pacificação Social no Direito de Família	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS.....	47

INTRODUÇÃO

Conforme o relatório *Justiça em Números*, do Conselho Nacional de Justiça (2010), anualmente, para cada dez novas demandas propostas ao judiciário brasileiro, apenas três demandas antigas são solucionadas. Tais dados revelam que, de um lado, tem-se uma sociedade que se sente incapaz de solucionar quaisquer das contendas que possua; de outro, que o judiciário já não é mais apto a solucionar célere e satisfatoriamente todos os conflitos que lhe são apresentados.

Este cenário, denominado pela melhor doutrina como “crise da gestão da justiça” nasce do enfraquecimento do Estado. Além disso, não bastasse a estrutura do judiciário ser insuficiente para abarcar a quantidade de ações que são protocolados diariamente, ganha espaço também a constitucionalização do processo, que preza pelo acesso à justiça e pela resolução adequada dos conflitos, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, surge a necessidade de se procurar meios que sejam apropriados às demandas propostas perante o Poder Judiciário. Assim é que as mais recentes reformas legislativas, especialmente a lei nº 13.105/2015, o Novo Código de Processo Civil e a resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, introduziram no ordenamento jurídico brasileiro o fundamento de se priorizar pela resolução consensual das lides.

Entre as incontáveis demandas que chegam ao Judiciário encontram-se aquelas oriundas de conflitos familiares. Estas demandas, mais que meramente para discutir direitos, existem porque envolvem sentimentos, interesses e mágoas dos envolvidos. Por carregarem-se de subjetividade, estes conflitos necessitam de uma análise cautelosa e de soluções que não contribuam para o aumento do desgaste das relações já feridas.

De tal maneira, a busca por soluções consensuais, que priorizem os desejos e angústias das partes envolvidas e a manutenção das relações entre elas, se mostra como uma premência pelo resgate de uma justiça que seja restaurativa e não somente imponha uma decisão que deve ser cumprida sob uma pena determinada, mas que enxerque os envolvidos como seres dotados de subjetividade e características próprias. Essa busca tem a intenção de romper com a denominada “cultura do litígio”, a qual leva toda e qualquer demanda ao judiciário e contribuir para a pacificação dos conflitos.

No presente trabalho busca-se apresentar a mediação como um meio adequado para resolver os conflitos familiares, por se tratar de um meio que prioriza o restabelecimento do diálogo e a compreensão das insatisfações das partes, e, por conta disso, comporta-se como um instrumento que resulta na pacificação social, devolvendo autonomia e empoderando os envolvidos.

Para isso, inicialmente será traçado um histórico de como eram solucionados os conflitos antes da jurisdição e após o nascimento dela, para, em seguida, abordar a ideia da crise da justiça e como ela resultou na busca por meios alternativos e adequados de solução dos antagonismos sociais.

Logo após, abordar-se-ão os conceitos e princípios básicos que norteiam o direito de família, cujos conflitos são o foco do presente trabalho, para, finalmente, conhecer-se o instituto da mediação e como ele atua de modo a pacificar conflitos e aumentar o acesso à justiça.

A metodologia utilizada para alcançar os propósitos aqui estabelecidos será o recurso da pesquisa bibliográfica, primordialmente em livros, artigos e dispositivos legais.

Incumbe destacar, ainda, que a presente temática tem grande relevância social, vez que, em tempos líquidos, nos quais as relações humanas desenvolvem-se de maneira frágil, além da presença constante da denominada cultura do litígio, ela busca abordar a ideia do diálogo como principal maneira de solucionar as controvérsias, de modo a fortalecer tais relações, ao invés de mitiga-las ainda mais.

Para o meio acadêmico e jurídico, a o tema se apresenta como uma abordagem diversa da jurisdição contenciosa. Ao devolver o protagonismo das partes, a mediação objetiva encerrar um ciclo no qual apenas o magistrado detém a capacidade de sanar conflitos e, ao fazer isso através conversação, acaba humanizando o acesso, as decisões e, sobretudo, aqueles que exercem funções essenciais à justiça.

1 A CRISE DA JUSTIÇA E OS MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Neste capítulo inicia-se um breve estudo acerca do histórico dos meios adequados de solução de conflitos (inicialmente tidos como alternativos), traçando um paralelo do seu surgimento com a crise da gestão da justiça e as consequentes ondas renovatórias de acesso à justiça, fundamental para que a mediação tivesse maior destaque no meio jurídico.

1.1 Histórico

O conflito é uma profunda falta de entendimento entre duas ou mais partes. O dicionário da Academia Brasileira de Letras (BECHARA, 2011, p. 342) define o termo como um “embate de ideias, interesses ou crenças”. Daí depreende-se que duas ou mais partes, que se relacionam de alguma forma, e porventura possuam interesses diversos acerca de um determinado objeto e que venham a se desentender exatamente por conta desta diferença de interesses.

Neste sentido, fácil perceber que o conflito é inerente, natural ao convívio em sociedade. O ser humano, multifacetado que é, decerto que não agirá sempre de modo cooperativo, de sorte que inevitavelmente haverá dissenso entre as ideias e vontades de um com o outro.

Acerca do tema:

Todas as sociedades, comunidades, organizações e relacionamentos interpessoais experimentam conflitos em um ou outro momento no processo diário de interação. O conflito não é necessariamente ruim, anormal ou disfuncional, é um fato da vida (MOORE, 1998, p. 05).

E é tão fato da vida que, cotidianamente, dada a complexidade das relações interpessoais, os conflitos surgem com muito mais facilidade, sem precisar de motivações filosóficas ou sociais, e carecem de um correto tratamento para que possam ensejar mudanças de comportamento e não simplesmente colocar as partes em posição de adversárias e, dessa forma, destruir a relação que havia entre elas e que já restava prejudicada.

No campo jurídico, obviamente que o direito tutela diversos interesses por meio da legislação. Assim é que, quando alguém não age cooperativamente, de acordo com o disposto em lei, age lesionando o direito de outrem, fazendo surgir o conflito interesses denominado litígio.

Conforme as ideias de Carnelutti (1999, p.108), litígio seria “o conflito de interesses qualificados. E por isso apresenta um elemento ou aspecto material e um elemento formal: o primeiro é o conflito de interesses e o segundo é o conflito de vontades”. O litígio, portanto, é o conflito jurídico, no qual estão opostos ou mal formulados os interesses e as vontades dos envolvidos.

Se existe o conflito, por conseguinte, haverá a necessidade de solucioná-lo. De modo que, nas sociedades primitivas, predominava o critério da força física: aquele capaz de intimidar e de vencer o outro no embate físico, lograva êxito em impor sua vontade. Durante muito tempo esta cultura da solução de conflitos pela vingança foi cultivada, inclusive sendo regulada por lei.

O Código de Hamurábi (1780 a.C., Babilônia) estabelecia a reciprocidade entre crime e pena. Nele vigorava a “lex talionis”, popularmente conhecida como a máxima “olho por olho, dente por dente”, significando que, na mesma medida que alguém prejudicava outrem, este alguém seria punido.

Para exemplificar, o mencionado código determinava que se alguém fizesse um buraco em uma casa, deveria ser morto e sepultado diante deste buraco; se alguém furtasse bens de Deus ou da Corte deveria ser morto, assim como quem recebeu a coisa furtada; se alguém difamasse uma mulher consagrada, deveria ser arrastado perante o juiz e ter-lhe-ia a fonte tosquiada, entre outras punições extremamente severas e desproporcionais.

Situação esta que, com a promulgação da Constituição de 1988 e os direitos fundamentais, buscou-se evitar no processo penal e civil moderno, com o estabelecimento de penas restritivas de direito e penas restritivas de liberdade, aplicações de multas, entre outras, sem nenhuma delas ceifar a vida do autor do crime.

Esse sistema, o qual tinha como ponto decisivo a força e sua respectiva medida, denomina-se autotutela. Como não havia um Estado de Direito forte o suficiente para se sobrepor às vontades individuais de seus membros, estes satisfaziam, por si próprios, as suas pretensões. Dessa maneira, até mesmo a

repressão dos atos criminosos, como bem demonstra a supramencionada Lei de Talião, se dava através da vingança privada.

A autotutela, no entanto, não era a única forma de solucionar os desentendimentos. Com o desenvolvimento das relações interpessoais e sociais, surge a necessidade de se encontrar saídas que lidassem com os conflitos de modo menos violento e impositivo. Destarte, passou a tomar forma os primeiros sinais de meios autocompositivos para solução de tais demandas.

É importante ressaltar que os dois sistemas de resolução não se excluem mutuamente. Ou seja, a existência de um não implica a inexistência do outro, mas, na verdade, ambos os sistemas coexistiram, sendo um tão antigo quanto o outro.

Sobre o assunto:

As maneiras com que o homem se relacionava na sociedade ditavam novas formas para a avaliação de conflitos, na medida em que colocavam mais segurança aos efeitos dos acordos encontrados. Diante disso, a autocomposição de conflitos não fora a primeira espécie para firmar acordos, contudo, suas raízes encontram relatos desde a Antiguidade, mas pouco evidenciado durante o Direito romanístico, onde predominara a escolha de árbitros. Após a autotutela rústica, formulada como primeira forma de solução da resistência, onde o homem dispunha sua força para alcançar seus interesses, prevalecendo aquele que detivesse maior poder ou influência, emana a concepção de que o indivíduo com pretensões resistidas poderia recorrer a formas diferentes de se adequar aos reclamos da outra parte, ainda independendo de intervenção de um terceiro que aprovasse aquele concerto, elemento que apareceria posteriormente com a arbitragem através de um ancião ou um sábio da comunidade (CALADO, 2011, n.p.)

Esses meios autocompositivos, inicialmente, buscavam reparar os danos eventualmente sofridos por alguém através do altruísmo e do convencimento dos próprios envolvidos. Isso, portanto, apresentava riscos à justeza da solução encontrada, vez que, exatamente por depender dos interessados, poderia ser dotada de parcialidade e, ainda, apresentar resquícios indiretos da autotutela, ao se tratar, por exemplo, de demandas em que as partes não se encontravam em situação de igualdade.

Nesse contexto, aparecem as seguintes espécies de autocomposição: a transação, na qual todos os envolvidos cediam algo de seu interesse; a submissão, pela qual prevalecia o desejo de apenas uma das partes; e a renúncia, em que a parte lesada abre mão de sua pretensão. Em todas as espécies mencionadas, também buscava-se estabelecer um acordo entre a vontade das partes, pacificando o conflito através do consentimento espontâneo. (DIDIER, 2010, p. 93).

Todavia, como uma primeira demonstração do desejo pela presença de uma figura imparcial, alheia às vontades individuais dos disputantes, passou a ser comum evocar-se um árbitro que, a partir da confiança nele depositada, deliberaria sobre a lide. Acerca do tema:

Quando, pouco a pouco, os indivíduos foram-se apercebendo dos males desse sistema, eles começaram a preferir, ao invés da solução parcial dos seus conflitos (parcial = por ato das próprias partes), uma solução amigável e imparcial através de árbitros, pessoas de sua confiança mútua em quem as partes se louvam para que resolvam os conflitos. Esta interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados. E a decisão do árbitro pauta-se pelos padrões acolhidos pela convicção coletiva, inclusive pelos costumes. Historicamente, pois, surge o juiz antes do legislador. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 22)

Vale destacar que, inicialmente, a figura do árbitro, pelas próprias características das sociedades, era intrinsecamente ligada à figura dos líderes religiosos. Os anciãos, os membros do clero no período absolutista, um sábio da comunidade, etc., agiam como árbitros, intervendo sempre que necessário na solução dos desacordos entre aqueles que se encontravam sob sua obediência. Era ele o único julgador de tais questões.

Não obstante, mesmo quando havia a presença de um terceiro, solucionar conflitos ainda era tido como uma questão eminentemente particular, tanto que se buscava sempre manejá-la a vontade das partes. Somente quando o Estado resolve chamar para si o poder/dever de dizer o direito, é que a questão dos conflitos passa a ser de ordem pública, necessitando da intervenção de um terceiro investido de poder pelo próprio Estado, para elucidá-los.

Isso ocorre quando, para citar um marco temporal, inicia-se a queda da monarquia romana e o consequente surgimento da república. A partir de então, o rei é substituído pelo magistrado, passando o Estado a ser o detentor do poder de decidir acerca dos desacordos existentes entre seus membros, não meramente solucionando-os, mas também assegurando a execução da sentença.

1.2 A Crise de Gestão da Justiça

A República Romana marca o surgimento da jurisdição, todavia, é apenas no absolutismo que ela e toda a administração concentram-se nas mãos do Estado, representado pelo senhor feudal, que recebia o poder diretamente de Deus. As ideias iluministas aboliram o absolutismo e, assim, o poder passa a ser limitado por uma Constituição e por um Parlamento.

A partir de então, constrói-se a ideia do Estado-Juiz, baseada no pensamento de Montesquieu acerca da divisão dos poderes em três esferas (aprimoradas posteriormente em executiva, legislativa e judiciária), objetivando extirpar a autoridade absoluta do monarca, criando um órgão independente e imparcial. Esse órgão seria representado por um magistrado funcionário, competente para solucionar os conflitos da população através das normas estabelecidas pelo próprio Estado (SILVA FILHO, p. 06).

Acerca do tema, ensina Alexandre Câmara (2014, p. 76):

É clássica a afirmação de que o Estado, no exercício de seu poder soberano, exerce três funções: legislativa, administrativa e jurisdicional. O poder do Estado é uno e indivisível, mas o exercício desse poder pode se dar por três diferentes manifestações, que costumam ser designadas de funções do Estado. Destas, uma é considerada instituto fundamental do Direito Processual, a função jurisdicional (ou simplesmente jurisdição). A jurisdição é, aliás, e como muitas vezes aqui afirmado, o mais importante entre todos os institutos da ciência processual, constituindo-se em verdadeiro polo metodológico dos estudos desse ramo do direito. Em outras palavras, a jurisdição ocupa posição central na estrutura do Direito Processual, sendo certo que todos os demais institutos da ciência processual orbitam em torno daquela função estatal.

De tal maneira, sendo a jurisdição a função primordial exercida pelo Estado, em se tratando de Direito, é importante dizer que é dela que nasce o processo e de onde decorrem todas as garantias inerentes a ele. Do latim, jurisdição significa *juris dictio* e, nas palavras de Elpídio Donizzette (2017, p. 134), “é o poder, a função e a atividade exercidos e desenvolvidos, respectivamente, por órgãos estatais previstos em lei, com a finalidade de tutelar os direitos individuais e coletivos.”

A intervenção estatal por meio da jurisdição sanou dois pontos que permaneciam em aberto nos meios resolutivos abordados no primeiro tópico deste capítulo: (1) a arbitrariedade das decisões e (2) a competência efetiva dos julgadores. Isso porque agora, além de não prevalecer a vontade daquele que detém mais força física, o terceiro imparcial decide conforme as leis do governo, das quais deve ser

profundo convededor, motivo pelo qual é investido pelo próprio estado para o exercício desta função.

Atualmente, é tamanha a força da função jurisdicional que, em regra, todos os litígios originados em sociedade são submetidos ao crivo do magistrado, que a exerce por meio das decisões judiciais dotadas de poder coercitivo.

Não obstante, com o Estado chamando para si a tarefa de dizer o direito, criou-se a ideia de que todo e qualquer conflito somente seria satisfatoriamente solucionado se passasse pelo crivo do juiz. E essa ideia decorre do enfraquecimento do Estado, da sua crescente inabilidade em fornecer respostas céleres e que acompanhem a complexidade dos litígios que lhe são apresentados (GORETTI, 2016, p. 54).

Nesse contexto, inversamente proporcional ao enfraquecimento do Estado e dos Poderes Executivo e Legislativo, agiganta-se o Poder Judiciário, que passa a ser protagonista do cenário social, porquanto os cidadãos renunciam sua autonomia e depositam nos magistrados a tarefa de solucionar todo e qualquer conflito, inclusive aqueles que dizem respeito à sua vida privada, no mais íntimo dela.

O resultado disto é a denominada “crise da gestão da justiça”, na qual o judiciário existe como o “superego de uma sociedade órfã de seu poder de tutela” (GORETTI, 2016, p. 49). Assim, tem-se em cena, de um lado, indivíduos que desacreditam ou mesmo perdem sua própria capacidade de solucionar conflitos e, de outro, um judiciário de ego inflado por acreditar que detém a exclusividade para solucioná-los e, ao mesmo tempo, abarrotado de processos bizarros ou que não têm adequada resolução. Sobre o tema, preleciona José Luis Bolzan e Fabiana Marion (2012, n.p.):

(...) um Sistema Judiciário chamado a decidir sobre tudo e com poderes muitas vezes discricionários e pouco controláveis, é o lugar que oculta quotas fortes de irresponsabilidade: consente álibis e cobre a aguda diferença entre aquilo que o sistema da jurisdição diz que é, e o que faz, entre aquilo que na realidade é e faz. Assim, observa-se uma oferta monopolista de justiça incorporada ao sistema da jurisdição, delegado a receber e a regular uma conflitualidade crescente. Atualmente, chamamos essa conflitualidade crescente de explosão da litigiosidade.

Provando a fala do autor, em relação a explosão de litigiosidade, tem-se, como exemplo atual, os inúmeros casos esdrúxulos que chegam aos gabinetes do judiciário, tudo porque, como dito, ao passo em que os indivíduos desacreditam de sua

capacidade de resolução de litígios, paralelamente, aquele que detém a faculdade de exercer o poder de dizer o direito, assume um papel paternalista, que impõe limites e concede liberdades, aparecendo “como o possuidor de um saber absoluto sobre a sociedade, sua história e sua lei; um grande benfeitor” (WARAT, 2004, n.p).

Para exemplificar os diversos casos absurdos acima mencionados e improváveis que chegam ao judiciário brasileiro diariamente, cita-se os roubos de galinha que chegaram ao Supremo Tribunal Federal em 2014 (G1 2014); a mãe que comprou um encarte acreditando se tratar do filme Procurando Nemo e, ao chegar em casa, espantou-se ao perceber que, na verdade, tratava-se de um filme erótico, caso que chegou ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 2017 (GAZETA DO POVO, 2017); e ainda, o caso da senhora que ajuizou ação no TJ de Santa Catarina por ter sido atingida por uma garrafa de água que caiu de uma gôndola (GAZETA DO POVO, 2017).

Além do agigantamento do Poder Judiciário, outro ponto que merece destaque dentro da crise da gestão de conflitos é a dificuldade no acesso à justiça, especialmente pelos mais pobres. Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1998) elencam três como os principais óbices a este acesso pelos menos favorecidos economicamente, quais sejam: econômico, organizacional e processual. Este tema será abordado de maneira mais detalhada posteriormente.

Em um contexto de necessidade de se pensar em novos meios de solução de conflitos e de acesso à justiça é que surgem as ondas renovatórias, que apresentam ideias como assistência judiciária integralmente gratuita, tutela dos interesses metaindividual, aperfeiçoamento dos instrumentos processuais e a utilização de novos mecanismos dentro e fora da jurisdição (CAPPELLETTI, 1998, p. 28).

1.3 As Ondas Renovatórias De Acesso À Justiça

O fenômeno ao qual convencionou-se chamar de “crise da justiça” implicou a busca por formas que garantissem o acesso à justiça de maneira igualitária a todos que de todos aqueles que dela necessitem. Para tanto, é necessário transpor as barreiras que impedem esse acesso, mormente aos mais pobres.

Também já se mencionou aqui que, durante a década de 1970, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), através de aprofundada pesquisa, identificaram três

óbices impeditivos ao acesso à justiça. Importante destacar que pesquisa destes autores levou em consideração os sistemas processuais europeus e o americano, contudo, são de fácil analogia ao sistema processual brasileiro.

O primeiro óbice identificado pelos autores foi o econômico. As custas judiciais eram elevadas e englobavam não somente os gastos com o próprio processo, mas também com os honorários advocatícios e as verbas sucumbenciais, nos países que adotam esse sistema. Este fator, para os autores, se mostrava como o fator impeditivo primordial, sem se tratando de causas de pequeno valor, situações nas quais as custas poderiam até ultrapassar os valores pretendidos.

O fator econômico também se faz presente no que diz respeito aos recursos financeiros, uma vez que, quem deles dispõe, em regra, tem mais vantagens nas demandas, pois pode arcar com as despesas inerentes ao processo e suportá-las por um tempo considerável. Além disso, também se faz presente em relação à capacidade jurídica pessoal, intimamente ligada ao status social e à educação, distinguindo quem será e quem não será capaz de “reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível” (CAPPELLETTI E GARTH, 1988, p. 8).

Do mesmo modo, apresentam-se como óbices ao acesso à justiça os fatores organizacional e processual. Aquele, relacionado a existência de direitos difusos e coletivos que nem sempre podem se valer da ação individual; este, demonstrando que o processo judicial pode não constituir adequado meio de defesa para todos os direitos.

Neste cenário, Cappelletti apresenta as três ondas renovatórias que transformaram efetivamente o acesso à justiça. Elas:

[...] dizem respeito (i) à assistência judiciária integral e gratuita aos necessitados; (ii) à tutela dos interesses metaindividuais; e (iii) ao aperfeiçoamento dos instrumentos processuais e à utilização de novos mecanismos, dentro e fora da jurisdição. (PANTOJA; ALVES DE ALMEIDA, 2016, p. 57)

Dentro da jurisdição, uma mudança significativa trazida pela terceira onda de Cappelletti e Garth, além da simplificação dos procedimentos e das vias recursais, foi a introdução da tutela antecipada. Esse instituto jurídico, amplamente utilizado e recém reformado pelo Código de Processo Civil de 2015, possibilita à parte o adiantamento de sua pretensão quando há evidências de seu direito e riscos de prejuízo, caso esperado o trâmite processual regular.

Não obstante, foi fora da jurisdição que a terceira onda renovatória trouxe mudanças factuais, ao dar ênfase aos meios não judicializados de solução de conflitos, cujo funcionamento fora abordado anteriormente. Tais meios, ao contrário do processo judicial, são marcados pela informalidade, pela celeridade e por custos mais baixos, enfrentando, dessa forma, os óbices listados na obra de Cappelletti.

Destarte, essa terceira onda do movimento pelo acesso à justiça buscou ampliar as possibilidades de se chegar às soluções das contendas individuais e coletivas, levando em consideração que cada uma delas possui suas peculiaridades e, por isso, devem ser tratadas de maneira diferente. De modo algum este movimento buscou desmerecer as soluções judiciais, mas educar e reconhecer que o crivo do magistrado não – e nem deve ser – o único a ter efetividade resolutiva.

Senão veja-se:

O tipo de reflexão proporcionada por essa abordagem pode ser compreendido através de uma breve discussão de algumas vantagens que podem ser obtidas através dela. Inicialmente, como já assinalamos, esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimentos, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos no direito substantivo destinadas e evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial. (CAPPELLETTI E GARTH, 1988, p. 26)

Acolher esses modos é, portanto, entender que a ideia de justiça não se traduz meramente pela igualdade em si, mas sim pela “aplicação de uma dada regra a todos os membros de uma determinada categoria essencial” (GORETTI, 2016, p. 59); é dizer que todos aqueles que precisem da Justiça poderão buscá-la com a certeza de que ela tratará cada controvérsia de maneira especializada, respeitando as necessidades e as singularidades do caso e dos indivíduos que nele envolvidos estão.

Essa atitude contribui para a diminuição do descompasso existente entre a prestação jurisdicional e o cidadão comum, que, em regra, não comprehende os ritos e a linguagem processual e segue insatisfeita com o tempo decorrido e com as decisões, por vezes, inadequadas e não correspondentes ao enredamento dos litígios e, menos ainda, às expectativas de tratamento adequado destes (SPENGLER, 2011, p. 18).

No Brasil, a década de 1980 trouxe novas abordagens para a resolução de conflitos, aderindo a tendência mundial do movimento de acesso à justiça iniciado na década de 1970, resultado da terceira onda renovatória acima mencionada. Nesse período foram instituídos os Juizados Especiais de Pequenas Causas e, a partir daí, seguiu-se a edição de leis e normas que regulamentam esses meios autocompositivos, a exemplo da lei da Arbitragem, das Comissões de Conciliação Prévia da Justiça do Trabalho e do uso da mediação para solucionar casos de guarda compartilhada, no Direito de Família.

Mais recente, a promulgação do CPC/2015 estabeleceu como princípio processual a resolução consensual de conflitos, judicial e extrajudicialmente. A nova legislação determina que as audiências de conciliação e as sessões de mediação devem constar entre os primeiros atos do processo e devem ser estimuladas ao longo ação, por todos os que exercem funções essenciais à Justiça; estabelece ainda a criação de centros judiciais especializados no assunto.¹

A nova lei processual, ao incentivar o uso dos meios adequados de solução de conflitos, busca exatamente enfrentar a crise que assola o judiciário brasileiro que, cada vez mais, encontra-se abarrotado de processos pendentes de julgamento. Além disso, o Novo CPC reconhece que o judiciário não tem capacidade para solucionar satisfatoriamente todas as lides que lhes são propostas e, ao fazer isso, busca também permitir celeridade no trato dessas demandas, através de uma cultura que tem por primordial objetivo a pacificação social.

Impende destacar ainda que a solução consensual de conflitos é primordial para obedecer e efetivar o previsto na Constituição Federal no que diz respeito à garantia de acesso à justiça e à dignidade da pessoa humana, ambos direitos fundamentais. Isso porque, ao se priorizar a resolução das contendas por através de meios que não requerem uma decisão do magistrado, soluciona-se não somente seus

¹ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito [...]

§ 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.

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciais de solução de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

aspectos jurídicos, mas também os subjetivos, aqueles que são, em regra, a origem do conflito.

Assim, impulsionar o uso dos meios adequados "gera a criação de uma sociedade mais harmônica, com a restauração da almejada paz social" ao mesmo tempo em que "atende às determinações constitucionais que exigem um Estado eficiente", assegurando a razoável duração do processo e contribuindo para "o exercício da cidadania e para a concretização da democracia" (PANTOJA; ALVES DE ALMEIDA, 2016, p. 67).

1.4 Os Meios Adequados De Solução De Conflitos

A crise da gestão da justiça, como abordado anteriormente, resultou na necessidade de se encontrar outras formas de solver os embates desportados entre os indivíduos da sociedade. Nesta conjuntura, no final do século XX e no início do século XXI, tomam forma procedimentos nos quais não ocorre a intervenção direta do juiz: os ADRs, sigla em inglês (EUA) para Alternative Dispute Resolutions, que são marcados pela celeridade, informalidade, economia e pela possibilidade de soluções criativas (SERPA, 1999, p.70)

Os ADRs surgem a partir da ideia de que, em cada conflito, é o interesse das partes que primordialmente deve ser levado em consideração. De tal forma, esses meios fariam parte de todo um conjunto, de todo um sistema de tratamento de litígios no qual não mais o judiciário seria o protagonista, mas sim quem nele estiver envolvido. Esse sistema se preocuparia com as necessidades intrínsecas de cada conflito e, a partir delas, encontraria a maneira mais adequada para solucioná-lo.

Vale dizer que esses novos meios de resolução não vêm para dirimir todos os problemas enfrentados pelo judiciário ou ainda para meramente desafogar e reduzir as demandas que lhe chegam, mas sim para repaginar e resgatar a ideia de acesso à justiça, além de promover o empoderamento das partes para que elas se sintam novamente capazes de solucionar pacificamente suas contendas, bem como para quebrar a ideia de que o Poder Judiciário é o único capaz de solucionar de modo satisfatório as lides.

Acerca do tema, assim ensina Petrônio Calmon (2008, p.49):

“Os meios alternativos não excluem ou evitam um sistema judicial caótico, mas põem-se interativamente ao lado da jurisdição estatal, devendo-se valer do critério da adequação entre a natureza do conflito e o meio de solução que entenda mais apropriado.”

Entre os meios considerados alternativos, merecem destaque especial a negociação, a arbitragem, a conciliação e a mediação, sendo esta última o enfoque do presente trabalho.

Não obstante, antes de tecer considerações acerca de cada um deles, é importante pontuar a questão de sua nomenclatura. O termo “alternativo”, embora já consagrado em parte da doutrina, a exemplo do acima mencionado Petrônio Calmon (2008) e de Freddie Didier (2015), não corresponde fielmente à importância dos referidos institutos.

Vale dizer: neste trabalho, a partir deste momento, adotar-se-á o termo “adequado” para fazer referência a tais soluções, por acreditar-se ser a palavra que melhor lhes representa, vez que não são caminhos alheios à jurisdição, mas, de fato, tratam-se de outras manifestações dela.

Seguindo esta linha de pensamento:

Seria possível, ao consagrado vocábulo “alternativos”, o termo “adequados”, porque tais métodos, conforme demonstrado, não configuram, propriamente, uma via alternativa ou oposta à jurisdição, senão um instrumento complementar ao Poder Judiciário. Por meios adequados, entende-se que, para cada tipo de conflito existe um método de resolução mais apropriado, que atende com especificidade à natureza e às particularidades do caso. Sem dúvida, quanto mais opções existirem à disposição das partes, mais chances terão para resolver as suas divergências de forma criativa e eficiente (PANTOJA; ALMEIDA, 2016, p. 58)

Fomentando a posição acima transcrita, o próprio Manual de Mediação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) informa que, hodiernamente, tratar estes meios que dispensam a atuação do juiz como adequados ao invés de alternativos, é a melhor terminologia. Assim veja-se:

O campo da chamada ‘Resolução Apropriada de Disputas’ (ou RADs) inclui uma série de métodos capazes de solucionar conflitos. Tais métodos oferecem, de acordo com suas respectivas peculiaridades, opções para se chegar a um consenso, a um entendimento provisório, à paz ou apenas a um acordo – dependendo do propósito para o qual o processo de resolução de disputas foi concebido ou ‘desenhado’. Originalmente, a sigla RADs

representava a sigla para ‘Resolução Alternativa de Disputas’, servindo como denominação conjunta dos métodos alternativos ao julgamento pelo Judiciário. Atualmente, tem se adotado, com mais frequência, a expressão Resolução ‘Adequada’ (ou mesmo ‘Amigável’) de Disputas para denotar uma escolha consciente de um processo ou método de resolução de conflitos, entre vários possíveis, considerando o contexto fático da disputa. (CNJ, 2015, p. 17)

Findo o esclarecimento, retomam-se as considerações individuais acerca dos meios adequados prevalecentes.

O primeiro deles é a negociação. Trata-se de uma conversa direta entre as partes, uma comunicação voltada à persuasão, na qual as elas têm controle sob o processo e seu resultado, pois são livres para deliberar acerca do local, da forma, podendo, inclusive, suspender a ou abandoná-la livremente, bem como solucioná-la através das maneiras mais diversas e criativas.

Goretti (2016, p.119) destaca duas modalidades de negociação, quais sejam: direta e assistida. A primeira é adequada quando as partes ainda têm uma linha de diálogo estabelecida e não rompida, sem necessidade de qualquer terceiro; a segunda, por sua vez, é adequada quando, mesmo havendo possibilidade de diálogo entre as partes, a relação está fragilizada por qualquer motivo, sendo necessária a presença de um terceiro parcial que busque zelar pelos interesses da parte prejudicada.

O segundo meio adequado é a arbitragem. Segundo Freddie Didider (2015, p.169), através dela “os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e imparcial do litígio”. Como abordado no primeiro capítulo, outrora, a arbitragem era praticada pelos sacerdotes e anciãos, que decidiam conforme a vontade dos deuses ou a sabedoria acumulada ao longo de suas vidas.

No Brasil, atualmente, a arbitragem é regulamentada pela lei nº 9.307/1996. Nesta lei, identificam-se as características deste instituto, tais como a liberdade de escolha das normas aplicáveis e do árbitro (que deve ser pessoa física e plenamente capaz), a desnecessidade da homologação judicial da sentença arbitral e sua qualidade de título executivo judicial, entre outras. Vale destacar, contudo, que, mesmo diante da ausência de homologação da sentença arbitral pelo juiz, ela ainda está passível do controle judicial, fundado em erros procedimentais em relação à sua validade.

Na sequência, verifica-se a presença da conciliação. Refere-se a uma “fase do processo judicial em que as partes são convidadas a comparecer a uma audiência, na presença de um conciliador para tentarem formalizar um acordo” (PANTOJA; REZENDE DE ALMEIDA, 2016, p. 93). A conciliação é adequada quando as partes do litígio possuem relações circunstanciais, as quais não carecem do emprego de técnicas que levem à manutenção do diálogo e da relação entre elas. O conciliador, necessariamente imparcial, busca obter um acordo entre os envolvidos, incentivando-as, auxiliando-as, podendo, ainda, apresentar propostas de solução.

No cenário jurídico contemporâneo, a conciliação tem grande visibilidade, especialmente na Justiça do Trabalho, nos Juizados Especiais e na legislação comum, após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, que preconiza as soluções consensuais. Com a aplicação da conciliação, o Poder Judiciário busca, dentre outras coisas, harmonizar e restaurar a relação social das partes, “humanizar o processo de resolução de disputas” e encontrar uma “solução construtiva” para elas (CNJ, 2015, p.22)

Finalmente, a mediação é o meio através do qual um terceiro participante, que não está apto a sugerir soluções, leva as partes a encontrarem, por si só, a solução que melhor lhes cabe, através do restabelecimento dos diálogos entre elas e do uso de outras técnicas. A mediação e seus desdobramentos, assunto central do presente trabalho, em especial no que se refere ao direito de família, será detalhada posteriormente.

Em suma, a crise da gestão de conflitos resulta em um Estado incapaz de prestar a devida tutela jurisdicional e a consequente frustração daqueles que o procuram, pois, ao mesmo tempo em que se veem incapazes de solucionar, por si só, seus antagonismos, se veem também desacreditados no Poder Judiciário ineficaz.

Assim, as ondas renovatórias, em especial a terceira onda do Movimento Universal de Acesso à Justiça, objetivaram simplificar o acesso à justiça introduzindo formas que afastassem o foco do judiciário, voltando-se para as partes, enquanto indivíduos com características únicas e demandas particulares, de modo a combater a referida crise.

2 DIREITO DAS FAMÍLIAS

Neste capítulo serão abordadas ideias iniciais acerca do Direito de Família, para que se possa compreender a importância dada a este ramo direito pelo ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando, ao fim, a observar-se a relação entre ele e o instituto da mediação.

2.1 Evolução do Conceito de Família

A ideia de imutabilidade é, decerto, uma ideia inaplicável ao direito. De fato, constantemente as pessoas passam por transformações e, em consequência, transforma-se a sociedade em geral. Por conseguinte, é preciso que o direito acompanhe estas mudanças, a fim de efetivamente tutelar os direitos da coletividade. Com a família, é de primordial importância que o direito consiga alcançar as transformações sofridas, afinal é ela a base formadora de toda a sociedade.

Os núcleos familiares talvez sejam as mais antigas instituições existentes. Elas datam de figuras pré-históricas, bíblicas, e se fazem presentes até a atualidade, passando por diversas transformações, a depender da sociedade e da cultura na qual estejam inseridas.

No Brasil foi especialmente a partir da Constituição de 1988 que a família passou a despertar singular atenção, posto que a Lei Maior acolheu um conceito mais abrangente da palavra, e adotou uma visão mais humana e sentimental acerca do tema, firmando-a como a base da sociedade (art. 266, caput).

Buscando traduzir a ideia moderna de família, Stolze e Gagliano conceituam família como “o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por um vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização pela de deus integrantes” (2017, n.p.).

Percebe-se que, no conceito apresentado, com a constitucionalização do direito de família, a pluralidade de núcleos é aceita e não mais consideram-se famílias apenas aquelas derivadas do casamento. Isso acontece porque a CF/1988 estabelece o ser humano como o foco das preocupações estatais, por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, passando a reconhecer também as entidades monoparentais, deixando abertura para o posterior reconhecimento das uniões estáveis e, mais recentemente, das uniões homoafetivas.

Outros avanços trazidos pela CF/1988 foram o reconhecimento da mulher como chefe de família, deixando de lado a visão patriarcal e arcaica de que a apenas o homem poderia exercer tal função, bem como o reconhecimento de todos os filhos como legítimos, sejam aqueles havidos fora do casamento ou os advindos de relações adúlteras.

Com base no exposto, é possível afirmar que a ideia moderna de família não mais se baseia na decorrência da lei, mas sim nas relações de afeto, construídas seja pelo parentesco consanguíneo, seja pelos laços fortalecidos através do convívio e do cuidado diários.

Destaque-se que, atualmente, ainda que infelizmente ocorra, não mais há a necessidade da manutenção de relacionamentos forçados, sem qualquer afeto, vez que, da mesma maneira que a legislação reconhece sua existência, ela reconhece também a sua dissolução.

2.2 Princípios do Direito das Famílias

A Constituição Federal de 1988 e o posterior Código Civil de 2002, ao instituírem a ideia da família formada com base no afeto, instituíram diversos princípios basilares. Serão aqui abordados alguns deles, de modo a possibilitar uma melhor compreensão da pesquisa realizada, tendo em vista a importância da temática.

2.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

É o princípio fundamental de todo o Estado de Direito. É o princípio máximo, do qual decorrem todos os outros; é o fundamento da ordem jurídica nacional. Trata-se de um direcionamento e de um limite à atuação do Estado e deve sempre ser analisado a partir do contexto histórico no qual o indivíduo está inserido.

Não é possível traduzir com exatidão a tutela deste princípio. Na verdade, há uma extensa gama de ações que se revelam manifestações dele e, no Direito de Família, ele faz morada de modo mais intrínseco que nos demais ramos do direito, vez que a base afetiva da entidade familiar é uma ideia precipuamente humanitária.

Para Maria Berenice Dias (2015, p.45):

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoa e social de cada participante com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

A autora ainda destaca que este princípio prevê igual tratamento para todas as espécies de entidades familiares e que, portanto, seria indigno haver tratamento desigual para elas.

2.2.2 Princípio da Afetividade

Como incialmente mencionado no capítulo, a CF/1988 estabeleceu como baluarte das relações familiares o afeto, passando ele, então, a ser a chão sobre o qual todas as relações modernas não firmadas. Stolze e Pamplona (2017, n.p.) afirmam:

O fato é que o amor — a afetividade — tem muitas faces e aspectos e, nessa multifária complexidade, temos apenas a certeza de que se trata de uma força elementar, propulsora de todas as nossas relações de vida. Nesse contexto, fica fácil concluir que a sua presença, mais do que em qualquer outro ramo do Direito, se faz especialmente forte nas relações de família.

Foi este princípio que determinou a aceitação das relações monoparentais, das relações homoafetivas e poliafetivas, do reconhecimento da mulher como titular do poder familiar e como chefe da família, das relações familiares ausentes de laços consanguíneos, entre outras transformações.

Tão consagrado no ordenamento jurídico é este preceito que os magistrados, ao decidirem sobre qualquer controvérsia de direito de família, devem levar em consideração as relações de afeto firmadas entre os componentes ou ex-componentes de um círculo parental.

O afeto também é ponto primordial no processo de mediação, que, para solucionar o conflito, busca adentrar nos sentimentos e interesses genuínos das partes, de modo a reconstruir a comunicação entre os envolvidos.

2.2.3 Princípio da Solidariedade Familiar

Este princípio encontra previsão no artigo 3º, inciso I da Lei Constitucional, que assegura o direito a uma sociedade solidária e fraterna. Também tem previsão no CC/2002, que estabelece ser o casamento uma “comunhão plena de vida” (art. 1511), além de afirmar como solidária a obrigação de alimentar entre os parentes, no que lhes couber. A solidariedade, por consequência, cuida do amparo, da assistência material e moral da família.

Para Tartuce (2016, n.p.):

(...) ser solidário significa responder pelo outro, o que remonta à ideia de solidariedade do direito das obrigações. Quer dizer, ainda, preocupar-se com a outra pessoa. Desse modo, a solidariedade familiar deve ser tida em um sentido amplo, tendo caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual.

A mediação também deve ser pautada pela solidariedade pois, promovendo o diálogo e o desenvolver do sentimento de empatia, busca levar os mediados a assumir responsabilidades, a não atribuir culpas e a contribuir fraternalmente para deslindar a controvérsia.

2.2.4 Princípio da Proteção da Criança, do Adolescente e do Idoso

Intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, este princípio encontra sua base legal, além da Constituição, em dispositivos esparsos como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso.

Segundo Stolze e Pamplona (2017, n.p.), este fundamento, a respeito das Crianças e Adolescentes, informa que:

(...) em respeito à própria função social desempenhada pela família, todos os integrantes do núcleo familiar, especialmente os pais e mães, devem propiciar o acesso aos adequados meios de promoção moral, material e espiritual das crianças e dos adolescentes viventes em seu meio. Educação, saúde, lazer, alimentação, vestuário, enfim, todas as diretrizes constantes na Política Nacional da Infância e Juventude devem ser observadas rigorosamente.

Todo o acima mencionado deve ser garantido às crianças e as adolescentes, pelo Estado, mas essencialmente pela família, pois é nela que se obtém a formação básica de um indivíduo enquanto ser integrante de uma sociedade. A infringência deste preceito implica sanções civil e penais.

Sobre a proteção do idoso, vale destacar que se trata de um “imperativo de justiça e uma decorrência necessária do princípio geral da proteção à dignidade da pessoa humana” (STOLZE; PAMPLONA, 2017, n.p.). E é importante porque, com o aumento gradual e constante da expectativa de vida ao redor do mundo, a tendência é que as famílias sejam formadas, em sua maior parte, por pessoas mais velhas. De sorte que é imprescindível garantir tratamento digno e adequado a quem, assim como as crianças e adolescentes, encontra-se novamente em situação de vulnerabilidade.

2.2.5 Princípio da Isonomia entre os Cônjuges e Companheiros

É a Constituição Federal que traz como fundamento o princípio da isonomia, em seu art. 5º. Entretanto, ainda que estabelecido legalmente, nem sempre a prática caminhou neste sentido, vez que a sociedade brasileira eminentemente patriarcal, durante muito tempo considerou que o homem possuía privilégios e direitos em detrimento da mulher, nas relações conjugais e familiares.

Neste sentido que o Código Civil de 2002 repisou a ideia de igualdade dentre os cônjuges, extinguindo-se a relação de hierarquia outrora existente entre os esposos. Tartuce (2016) afirma que o regime conjugal deve ser de companheirismo, não de obediência de um em relação ao outro, de tal forma que desaparece do ordenamento jurídico a expressão “pátrio poder”, substituída por “poder familiar”.

2.3 Conflitos Familiares

Pontou-se, no início deste trabalho, o que significa conflito e como ele é algo inerente às relações interpessoais. Falou-se também que, reconhecidamente por lei, o que rege as relações familiares é o afeto. De tal modo, junta-se a naturalidade do surgimento de conflitos à presença do afeto e tem-se uma desavença que ultrapassa, em muito, a esfera do direito objetivo.

Na verdade, os conflitos familiares são dotados de subjetividade, o que torna a demanda bem mais complexa, vez que os desentendimentos aqui atingem profundamente os vínculos naturalmente existentes nas relações. Assim, quando alguém se vê inserido em uma situação de conflito familiar e vê a necessidade de buscar a efetivação do Poder Judiciário, conclui-se que seus sentimentos já se encontram de tal forma atingidos que não consegue chegar à uma solução espontânea.

Não obstante, as relações familiares, em regra, perpetuam-se no tempo, pois os laços construídos, especialmente quando há filhos provenientes de uma determinada união, são duradouros e fundamentais para a formação do indivíduo enquanto ser social. Por conta disso, é que estas controvérsias necessitam da mais adequada solução, no intuito de que não haja o rompimento definitivo dos vínculos.

Sobre o tema:

Os conflitos familiares, antes de serem conflitos de direito, são essencialmente afetivos, psicológicos, relacionais, antecedidos de sofrimento. Logo, para uma solução eficaz, é importante a observação dos aspectos emocionais e afetivos. O meio adequado para a solução de conflitos familiares deve passar, inicialmente, pela compreensão positiva dos problemas, visto que, nesses casos, é necessário a manutenção dos vínculos. Para a solução de conflitos familiares faz-se necessário a possibilidade de diálogo e de escuta. Imprescindível o respeito mútuo, o que muitas vezes, teoricamente, seria impraticável. Torna-se importante o estímulo à solidariedade, à compreensão, à paciência de cada uma das partes no sentido de um ganho mútuo, de uma vitória conjunta, com a clara percepção dos interesses em comum e não somente as diferenças (PRUDENTE, 2008, n.p.).

Exatamente por se tratarem de desavenças que atingem a subjetividade dos envolvidos, o processo judicial comum não tem a capacidade de absorver e compreender as dimensões das questões apresentadas. Por conseguinte, as soluções apresentadas pela via da jurisdição contenciosa não são, em regra, satisfatórias, uma vez que as decisões judiciais se baseiam na ideia de quem tem e

quem não tem direito, reconhecendo, ao fim do processo, um perdedor e um ganhador.

Contudo, em se tratando de relações familiares, é fundamental combater essa ideia, da existência de um perdedor ou de um ganhador. Em verdade, não haverá ganhadores quando os vínculos são rompidos e as relações são permeadas por sentimentos de vingança, de raiva e de rancor.

Tendo em vista a importância e a necessidade do não rompimento definitivo dos laços familiares, a melhor solução para as contendas que envolvam tais matérias é aquele que priorize o deslinde consensual e abarque não apenas os direitos da cada parte, mas seus aspectos subjetivos, os sentimentos e interesses que porventura tenham sido lesados.

A mediação, por enredar justamente por um caminho de preservação, de restabelecimento do diálogo e respeito aos sentimentos das partes, se apresenta como o caminho adequado para a resolução destes antagonismos.

3 A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL NO DIREITO DE FAMÍLIA

Nesse capítulo, discorrer-se-á acerca da aplicação da mediação ao direito de família, no intuído de demonstrar que este instituto é o meio mais adequado para solucionar conflitos de origem familiar, uma vez que seu principal objetivo é o restabelecimento do diálogo e das relações humanas preexistentes, atuando não só na resolução direta da demanda, mas de modo a pacificá-las e a prevenir futuras controvérsias.

3.1 Mediação

A mediação, como já mencionado anteriormente, é um meio adequado de solução de conflitos que dispensa a atuação contenciosa do judiciário, pois prima pelo deslinde consensual das demandas através do diálogo entre os envolvidos. Neste tópico serão apresentadas as ideias geradoras do instituto, o conceito, os princípios norteadores e, por fim, o perfil necessário daquele irá exercer a função de mediador.

3.1.1 Conceito e princípios aplicáveis

A mediação é um meio autocompositivo de resolução dos antagonismos sociais, introduzido pela terceira onda do Movimento Universal de Acesso à Justiça. No Brasil, este instituto toma forma a partir da década de 1990, sob influência deste movimento e como forma de assegurar a garantia constitucional de acesso à justiça, prevista no art. 5, inciso XXXV da CF/1988., bem como de atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, também previsto na Constituição.

O Manual de Mediação Judicial do CNJ (2015, p. 20) define a mediação como “uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro”. Ainda:

[...] é um método de resolução de disputas que se desenvolve em vários atos procedimentais, pelos quais o terceiro imparcial facilita a negociação entre pessoas em conflito, habilitando-as a compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizem aos seus interesses e necessidades.

Na doutrina, são inúmeros os autores que conceituam a mediação, cada qual à sua própria maneira. Entretanto, todos os conceitos derivam do mesmo cerne, dos mesmos pontos centrais: (a) o empoderamento e o protagonismo das partes; (b) a intervenção de um terceiro imparcial sem poder decisório, que contribuirá para a melhoria/resgate do diálogo e; (c) o viés duplo de solucionar o conflito e de evitar conflitos futuros, justamente através do restabelecimento do diálogo.

O uso da mediação data do século V a.C., no entanto, foi apenas com a terceira onda do Movimento Universal de Acesso à Justiça que passou a ter destaque dentro dos ordenamentos jurídicos. Em nosso país, foi introduzida a partir da década de 1990, sob influência deste movimento e como forma de assegurar a garantia constitucional de acesso à justiça, prevista no art. 5, inciso XXXV da CF/1988.

Mesmo havendo discussões acerca do tema, foi somente com a edição da Resolução nº 125/2010, do CNJ e com o advento do Novo CPC em 2015, que o instituto teve o merecido destaque. A partir da edição desses dois instrumentos normativos, foi passou a vigorar também a Lei nº 13.140/2015, que versa sobre o estabelecimento da mediação como fundamento da ordem jurídica, que deve primar sempre pela obtenção das soluções consensuais, como forma de contornar a crise funcional do Judiciário e ainda estabelece os princípios norteadores e as situações em que a mediação pode ser utilizada, quais sejam as que envolvam direitos disponíveis e indisponíveis.

Ainda no contexto da crise da gestão da justiça, a resolução do CNJ instituiu a o tratamento adequado dos conflitos como Política Pública, cuja organização é de sua responsabilidade, através, fundamentalmente, da criação de centros especializados de resolução de conflitos e da capacitação de pessoas para neles atuarem.

Partindo-se para a abordagem dos princípios aplicáveis à mediação, ensina Freddie Didier (2015, p. 277-278) que essa prática coexistente de justiça é regida pela independência, pela neutralidade, pela autonomia da vontade, pela confidencialidade, pela oralidade e pela informalidade.

O princípio da independência diz respeito à atuação direta do mediador. Conforme o art. 1º, § 5º do Anexo da Resolução nº 125/2010 do CNJ (Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais), o mediador deve atuar livre de qualquer pressão externa ou interna, podendo até mesmo interromper, suspender ou recusar a sessão, caso não estejam presentes todas as condições necessárias para o seu desenvolvimento.

A imparcialidade refere-se à impossibilidade de o mediador possuir qualquer vínculo com aqueles que irão participar da sessão, ou qualquer tipo de interesse nos resultados porventura obtidos com a resolução do conflito. Trata-se, portanto, de princípio indispensável e inafastável do processo de mediação.

A autonomia das partes, por revelar a liberdade dada aos envolvidos em desentendimentos, além de ser pressuposto, é a própria razão de ser da mediação. Assim, todo o caminho percorrido no processo da mediação deve ser pensado em atender às singularidades das partes, de modo que o mediador atua como catalisador dos conflitos, não como quem resolve o problema, sendo, de tal maneira, vedada qualquer atitude que possa forçar a solução negociada (DIDIER, 2015, p. 277).

A confidencialidade, por seu turno, determina que todas as informações produzidas em uma sessão de mediação deverão nela permanecer. O mediador, desta forma, tem o dever de sigilo profissional e isso acontece para que seja criado um ambiente de liberdade e confiança entre ele e os mediados, pois, somente assim, é possível se chegar a um resultado consensual e satisfatório para todos os envolvidos.

Finalmente, os princípios da oralidade e da informalidade dão a este processo “mais leveza, sem o ritual e a simbologia próprios da ação jurisdicional (DIDIER, 2015, p. 278). Na mediação não há necessidade de se seguirem regras específicas e pré-determinadas; de fato, ela é revestida de maleabilidade e dinamicidade, adaptando-se conforme a necessidade das partes. E é exatamente esse caráter dialético que faz da mediação um instituto jurídico tão importante, como se verá mais adiante.

3.1.2 O Mediador

Muito se falou do instituto da mediação e de como ele tem a habilidade de restabelecer as relações porventura fragilizadas por alguma discórdia. Não obstante, a mediação não se faz sozinha: é necessária a intervenção de um terceiro – o mediador – que deve estar preparado para possibilitar que as partes atinjam o objetivo desejado. Neste tópico, traçar-se-á o perfil desejável para aqueles que irão atuar como mediadores.

Inicialmente, incumbe destacar que não há restrições específicas quando a quem pode ser mediador, ou seja, o exercício da função não é prerrogativa apenas de profissionais da área jurídica. Para tanto, basta estar no exercício pleno de sua

capacidade, possuir reputação ilibada (vez que a mediação se trata, essencialmente, de um exercício de confiança e diálogo) e se submeter à curso de capacitação que, caso seja mediação judicial, será fornecido pelo CNJ e, em caso de mediação extrajudicial, os Conselhos de Ordem e outras instituições reconhecidas podem oferecer.

Para ser mediador, são duas as virtudes necessárias: a justiça e a prudência; é delas que decorrem todas as outras características que contribuirão para a obtenção da solução consensual. A justiça é necessária pois é o “fundamento ético da igualdade”; a prudência, pois é a partir dela que alguém pode ser capaz de ponderar “a escolha por meios mais seguros e menos onerosos” a fim de atingir determinado objetivo (PERELMAN, 2015, p. 156 *apud* GORETTI, 2016, p. 113).

O mediador também deve, por óbvio, obedecer aos princípios aplicáveis à mediação, em especial os da confidencialidade e da imparcialidade. É através da obediência a estes dois princípios que o mediador será capaz de criar um ambiente propício ao diálogo: os mediados devem sentir que podem confiar no mediador e, assim, revelar-lhe seus verdadeiros sentimentos e interesses; precisam também acreditar que não sofrerão julgamentos nem terão seus relatos usados contra eles em um processo judicial.

Do mediador exige-se que domine técnicas de investigação, escuta e comunicação e que as empregue no intuito de promover o empoderamento das partes. Ele deve se preocupar, precipuamente em ouvir as queixas e as razões dos mediados, legitimando-as, reconhecendo-as como importantes e merecedoras de soluções adequadas, sem jamais atribuir-lhes qualquer conduta como imposição. Acerca do tema, leciona Goretti (2016, p. 180):

Na mediação, assim como na vida de modo geral, a realidade não é um dado, mas algo que se faz construído por força de linguagem. Por isso se diz que o acordo (uma construção edificada pelas próprias partes) não deve ser justo aos olhos do mediador, mas sim para aqueles que decidiram construí-lo. Por isso se afirma que não cabe ao mediador dizer aos seus mediados o que fazer ou o que não fazer. Ainda que seja instigado a dar sua opinião ou veredito, ele deve resistir a esse tipo de provocação, quantas vezes for instigado a assumir essa função que não lhe compete (a função decisória), até que os mediados se conscientizem de que o enfrentamento do problema é uma condição básica para que eles encontrem uma solução compartilhada para o conflito. Enfrentar o conflito, na mediação, é uma exigência que deve recair sobre as partes.

Percebe-se assim que a impossibilidade de intervenção do mediador no alcance das soluções para o conflito não é meramente uma exigência ritualística, mas, na verdade, é atitude fundamental para que as próprias partes se enxerguem como protagonistas do conflito e como capazes de resolver algo que elas mesmas geraram. A postura de não intervenção do mediador é, desse modo, elemento fundamental da construção da solução consensual.

Finalmente, é válido mencionar que, quando se trata de conflitos familiares, além das características supramencionadas, é imprescindível que o mediador tenha sensibilidade para entender as nuances e mágoas que podem estar presentes. As causas de direito de família acabam por apresentar um maior grau de complexidade, pois trazem consigo enorme carga de sentimentos que, caso não sejam devidamente considerados, impossibilitaram não apenas a obtenção do consenso, mas, muito mais prejudicial, impossibilitarão a restauração dos vínculos necessários à convivência característica das relações familiares.

3.2 A Mediação Como Instrumento de Pacificação Social no Direito de Família

Como abordado no capítulo de abertura, o cenário atual é o de uma cultura extremamente litigante, o que contribui para a “afirmação do judiciário como o superego de uma sociedade órfã de seu poder de tutela”, expressão alcunhada por Ricardo Goretti (2016, p. 49).

O mesmo autor atribui duas características à recorrência dessa sociedade conflitante, sem autonomia individual:

(...) i) a prática, quase instintiva, de atribuir sempre ao outro a responsabilidade pelos conflitos que nos afligem; e ii) o hábito de delegar a terceiros o encargo de decidir os rumos de controvérsias que poderiam (ou deveriam) ser resolvidas pelos sujeitos que integram a relação conflituosa (2016, p. 125)

De fato, as relações humanas têm se estabelecido de forma fluida, incapazes de se perpetuar no tempo, justamente com causa/consequência de atitudes como as tão bem pontuadas pelo autor. A ausência de diálogo e de empatia, e a presença do individualismo fazem com que ganhe espaço a violência e litigiosidade, tendo como

resultado a apresentação de qualquer demanda ao Judiciário. Este, incapaz de atender satisfatoriamente as contendas que lhe são apresentadas, se torna inoperante e desacreditado.

Assim é que os meios adequados de solução de conflitos entram em cena, como a informalizar a justiça, o que, no entanto, não significa a “superação do paradigma cultural litigioso”, mas uma aproximação induzida, exatamente pela necessidade de ampliação do acesso à justiça (GORETTI, 2016, p. 68).

Por conseguinte, é preciso reeducar a sociedade como um todo através do princípio da não-violência (Jean-Marie Muller, 1995), pois de nada adianta ampliar o acesso à justiça e apresentar meios diversos da jurisdição contenciosa se as partes conflitantes não se enxergarem capazes de encontrar soluções sem depender de um terceiro que as imponha coercitivamente. Combater a violência, portanto, deve ser o pilar de sustentação das práticas coexistentes de justiça.

Neste quadro, a mediação, pelas suas características inerentes, “se apresenta como um método de ação não-violente que pode restabelecer as relações de forma a garantir a satisfação de interesses de indivíduos inseridos em relações de conflitos” (GORETTI, 2016, p. 145).

Essa satisfação é possível porque as duas principais características da mediação são a dinamicidade e a preocupação em não somente deslindar a controvérsia, mas restaurar a relação previamente existente. É por isso que, diferentemente da conciliação, ela é adequada para demandas cujas partes ainda terão algum tipo de convívio e nas quais as linhas de diálogo foram fragilizadas.

Como já exposto, a mediação utiliza uma terceira pessoa para auxiliar as partes conflitantes a despertar seus recursos pessoais para que consigam chegar a uma solução, superando o conflito até então existente. Dessa forma, apresenta-se como o principal instrumento para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família e um verdadeiro instrumento de pacificação social.

No âmbito do familiar, a mediação:

(...) a mediação ocorre quando o mediador ajuda os membros destes grupos, enredados em disputas, a negociarem suas diferenças, buscando preservar seus vínculos no momento em que acontece a transformação dos conflitos que opõem, e oportunizando o surgimento de alternativas colaborativas e pacificadoras aos mesmos (CARDENAS, 2006 *apud* MARODIN, 2016, p. 428).

Inicialmente, a aplicação desta prática coexistente de justiça se restringia somente aos casos de divórcio e separação. Contudo, Lisa Parkinson (2016) ensina que o potencial da mediação é bem maior, podendo ser aplicada a casos de disputas hereditárias, adoção, guarda compartilhada, situações de acolhimento familiar e etc.

Nesse sentido, percebe-se que a mediação tem a função de aproximar a ciência do Direito à realidade viva da vida. Nos dizeres de DIAS (2015, p. 85) “é na seara da família que a mediação desempenha seu papel mais importante: torna possível a identificação das necessidades específicas de cada integrante da família, distinguindo funções, papéis e atribuições de cada um”.

Isso porque, ao priorizar o restabelecimento do diálogo, essa via adequada preza pela criação de uma cultura de não violência, uma cultura de empatia e solidariedade ao invés de uma cultura de litígio. Tal mudança de paradigma é possível porque a mediação devolve o protagonismo do processo a quem, de fato, ocupa essa posição: os envolvidos. De forma que eles, ao perceberem, através das técnicas empregadas pelo mediador, que são plenamente capazes de encontrar soluções às próprias contendas, saberão o que evitar e como proceder em caso de novos desentendimentos.

Fundamentando a fala, MAIA; BIACHI; GARCEZ (2016, p. 51) afirmam:

(...) a mediação convida os sujeitos para uma postura colaborativa e inclusiva, que é antagônica e contrastante com aquela experimentada em uma disputa judicial, notadamente por conduzir as partes a assumirem a responsabilidade de encontrar a solução de seus próprios conflitos, ao invés de terceirizar a decisão. Como consequências, pode se observar a substituição do modelo perde-ganha adversarial, pelo modelo ganha-ganha, cooperativo, além da emancipação dos sujeitos, por meio do protagonismo assumido na abordagem das questões.

Portanto, utilizar a mediação nas situações em que lhe cabem corretamente, significa caminhar para a superação da “crise da justiça”, ao relegar para o judiciário apenas as demandas de alta complexidade e especificidade técnica. Em um cenário no qual a judicialização das controvérsias ocorre apenas residualmente, o resultado não poderá ser outro senão o de efetiva adequação das decisões.

É uma via de mão dupla: de um lado, a mediação dispensa o melhor tratamento para os conflitos em que é adequada, solucionando-os com base no primordial interesse das partes; de outro, por preocupar-se apenas com as questões de alta complexidade, o magistrado terá maiores condições de apreciar devidamente as lides.

Por conseguinte, para que a superação da violência e da cultura do litígio se torne realidade, para que a mediação verdadeiramente seja um instrumento de pacificação social, é preciso propiciar um ambiente de confiança, de boa-fé, no qual as partes se sintam livres para revelar seus sentimentos, ânsias e angústias. De sorte que, somente com dedicação, paciência e profundo conhecimento de todas as facetas da solução conflituosa será possível chegar a um resultado justo, adequado e que não contribua para o desgaste das relações, mas, ao contrário, pelo seu restabelecimento (SPENGLER, 2011, p. 13).

A criação desse ambiente acolhedor revela fundamental importância nos conflitos familiares, afinal, espera-se que em casa, no seio familiar, as relações sejam calcadas exatamente nesse sentimento. Quando o respeito, a empatia, a confiança e mesmo o amor estão abalados, e as partes se veem na necessidade de buscar amparo do Poder Público, dificilmente em um processo judicial se conseguirá abranger todas as nuances de uma disputa familiar.

No processo judicial, como já mencionado, vige a atribuição de perdedores e ganhadores, verificando-se apenas aquilo que a lei tutela. É somente a mediação que possibilita atuar na origem do conflito, identificando-o e trabalhando na sua desconstrução, fazendo com que as partes solucionem não só o problema aparente, mas também aquilo que o motivou, através de um diálogo que demonstrará as reais necessidades de cada um dos envolvidos, evitando assim que novas ações judiciais venham a ser propostas com o intuito de discutir as mesmas questões. São objetivos da mediação:

(...) a continuação das relações paternais, para a manutenção da estabilidade e significativos relacionamentos do filho com ambos os pais; a responsabilidade conjunta nas decisões a serem tomadas em relação aos filhos; o equilíbrio entre deveres e direitos dos pais junto aos filhos; a comunicação entre os genitores para levarem adiante um projeto educativo compartilhado; a colaboração dos pais na gestão dos filhos; o clima de confiança recíproca que permitia manter um nível de respeito recíproco entre os pais (PETRONIO CALMON, 2008, P.127).

As relações familiares constantemente se transformam: do namoro ao casamento, ao nascer e o crescer dos filhos, o envelhecer dos pais, entre outras. É exatamente neste contexto de mudança que surgem os desentendimentos e, não havendo diálogo, a tendência é que eles se agravem sempre mais.

Para exemplificar: um casal que passa por um divórcio no qual a relação conjugal já vinha há muito desgastada, com uma gama de bens a serem partilhados, caso sejam imediatamente submetidos ao crivo da decisão de juiz não conseguirão adentrar as singularidades e aos motivos que primeiro originaram a ruptura da relação familiar. As emoções mais comuns na origem do divórcio se referem a sentimentos de traição, rejeição e quebra da confiabilidade e influenciam diretamente a postura dos pais em relação aos filhos e aos bens deixados.

É nesse ponto que a mediação é o diferencial: ela irá auxiliar as partes, através de um terceiro, vez que, em situações de crise, raros são aqueles que conseguem imediatamente manter a comunicação saudável, a “reencontrar, por elas mesmas e por meio de um diálogo colaborativo, o caminho para uma construção de respeito e aceitação das diferenças neste novo núcleo que está se formando” (MARONDIN, 2016, p. 432).

Assim, preservando-se as premissas emocionais que formam os deslindes familiares, promove-se a não destruição dos vínculos sentimentais, continuando ou voltando a existir o respeito e a confiança, ao menos em um nível, senão mais conjugal, mas parental.

Outra situação na qual um processo judicial pode ser prejudicial para os envolvidos é em relação à guarda compartilhada. Imagine-se a mesma situação de divórcio supramencionada: o casal encontra-se em momento delicado, o respeito que tinham um pelo outro esvaiu-se e há predominância do sentimento de rejeição e desejo de vingança.

Muitas vezes, em situações como esta, os pais usam os filhos como instrumento para atingir negativamente o outro. Denigre-se a imagem, criam-se circunstâncias imaginárias que colocam a criança em uma posição delicada entre um e outro pai. Os ex-cônjuges, movidos pela vontade de agredir o outro, a quem atribuem a culpa do término do relacionamento, acabam se esquecendo que tais atitudes têm mais impactos negativos que positivos, podendo gerar o sentimento de culpa e responsabilidade nos descendentes.

A mediação, portanto, analisará cuidadosamente todo o contexto do divórcio e o mediador deve demonstrar aos pais que estabelecer um trato de mútua colaboração é muito mais vantajoso, o que não ocorre em um processo judicial. Isso porque esse meio adequado de solução de conflitos reconhece, mais do que direitos, são as emoções que ocasionam as desavenças no âmbito familiar. Assim, “a mediação

compreende o conflito não como algo pontual e isolado, mas como efeito direto da dificuldade de entendimento entre as pessoas envolvidas na controvérsia" (LOBO E PELAJO, 2016, p. 443).

Casos de demandas que envolvem herança e testamento também podem ser submetidos à mediação, pois são processos, em regra, demorados e financeiramente dispendiosos, o que pode resultar no agravamento dos conflitos entre irmãos e outros parentes. Desta maneira, "a mediação dá oportunidades para que as emoções em torno da negociação dos termos de um testamento sejam expressadas e reconhecidas, enquanto que sentimentos dolorosos podem ser intensificados em processos judiciais" (PARKINSON, 2016, p. 151).

Impende destacar, no entanto, que a mediação nem sempre será a solução correta: existem demandas que obrigatoriamente necessitam da intervenção do Judiciário. A mediação não é, nem intenta ser, uma alternativa ao processo. Como outrora mencionado, ela busca solucionar conflitos por meio do restabelecimento do diálogo e da confiança entre partes que já possuíam um vínculo prévio.

Situações extremamente complexas e eivadas de tecnicidade, como outrora aludido, podem e devem ser ledas ao crivo do juiz, para que ele reconheça e determine a quem cabe o direito. O que se deve fazer é apresentar aos cônjuges todas as possibilidades de resolução e, conforme estabelecido pelo CPC/2015, primar pela solução consensual, sem, contudo, aplicá-la arbitraria e forçadamente.

Nesta perspectiva:

A mediação nem sempre é adequada a todos os casos e, independentemente do que se acredita, não produz invariavelmente um acordo. Algumas situações precisam de decisões judiciais. Casais que decidem iniciar um processo judicial precisam estar cientes da existência de diferentes formas de resolução de conflitos para que possam fazer uma escolha adequada ao caso deles, reconhecendo os custos emocionais e financeiros de ir ao tribunal (PARKINSON, 2016, p. 45).

Outro ponto que merece destaque é a denominada ambivalência sobre os términos dos relacionamentos. Em muitos casais, ao perderem a capacidade de dialogar entre si e de compreender o outro, um dos cônjuges isola seus bons

sentimentos e acaba por deixá-los em segundo plano, sobrepondo-se a eles a raiva e o desrespeito.

Não obstante, ao se submeterem a um processo de mediação, esses casais aprimoram e recuperam a comunicação perdida e, não raro, passam a ter dúvidas se o que desejam é efetivamente a separação. De tal maneira, é fundamental que os mediadores se atentem a estes detalhes para aconselhar o casal a chegarem a um consenso acerca do fim ou não do relacionamento (PARKINSON, 2016, p. 107).

Também é importante trazer à baila que, para efetivar a cultura da não-violência, não basta apenas esperar das partes conflitantes essa atitude, ainda que fornecidas todas as condições propícias. É preciso também reeducar os operantes do direito e reestruturar sua formação jurídica, para que tenham também uma mentalidade voltada para o consenso e, desse modo, promover aos cidadãos o melhor caminho pelo qual alguém em situação de conflito deverá seguir. O jurista, portanto, deve ser capaz de reconhecer o melhor meio de solução de conflitos e não recear a possibilidade de não ingressar com ações.

Acerca do tema, Ricardo Goretti faz valiosíssima analogia entre a necessidade de o operador do direito identificar a adequação de determinado meio se solução a um dado conflito e a necessidade de prévio exame clínico para a prescrição de um tratamento médico. Preleciona o autor:

O que pretendemos com essa analogia é que, tão reprovável quando a prescrição de antidepressivos para pacientes com quadro não diagnosticado de doença pulmonar crônica, deveria ser considerada a atitude de um advogado que ajuíza uma ação em favor do seu cliente sem prévia reflexão sobre a potencial contribuição que o processo judicial pode prestar em termos de produção de resultados seguros, vantajosos, menos onerosos e desgastantes (2016, p. 115).

Em suma, destaque-se que, em um contexto de primazia por soluções consensuais, de constitucionalização do acesso à justiça, a mediação se mostra como um “ato de coragem, sem o qual o ser humano não seria capaz de desbravar o caminho da descoberta da autoimagem e, menos ainda, da imagem do outro” (GORETTI, 2016, p. 164).

A mediação revela-se como um meio que consegue abarcar, de maneira satisfatória, as peculiaridades dos conflitos familiares, ao se preocupar em descobrir e sanar sua origem que, em regra, decorre de sentimentos mal trabalhados e da perda de diálogo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho cuidou de apresentar o instituto da mediação como um meio adequado à solução de conflitos familiares, significando um caminho de pacificação social e acesso à justiça.

Primeiramente, expôs-se um histórico das resoluções de conflitos pelas sociedades, desde os meios de autotutela, passando pela autocomposição, até se chegar ao surgimento da jurisdição, exercida essencialmente pelo Estado-Juiz.

Posteriormente, abordou-se a crise da justiça como consequência de um Estado paternalista, que assumiu para si a tarefa única de dizer o direito e solucionar as controvérsias de seu povo, e como motivador da busca por meios que se diferenciassem da jurisdição contenciosa e resolvessem as demandas de modo mais adequado, atendendo aos princípios em voga, de acesso à justiça e dignidade da pessoa humana.

Logo após, deslindou-se sobre os meios alternativos, como assim foram denominados inicialmente, de maior destaque, estabelecendo-se, inclusive a adoção da nomenclatura “adequados”, em detrimento de alternativos.

Em seguida, esmiuçou-se o direito de família, a evolução da ideia de família e alguns dos preceitos que lhe regem para, ato contínuo, conhecer-se a mediação e seu funcionamento.

Destacou-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, a mediação teve especial brilho após a vigência do CPC/2015, que prioriza as soluções consensuais e buscouse demonstrar que este instituto, ao contrário do processo judicial, se mostra mais pertinente para solucionar as demandas familiares.

Sem embargo, salientou-se que o referido instituto não se apresenta como substitutivo do processo judicial, sendo este necessário e adequado para demandas de maior complexidade e que envolvam direitos mais técnicos. De modo que a mediação não meramente um meio alternativo à jurisdição, mas sim uma manifestação dela, que contribui significativamente para o combate à cultura do litígio e promove o empoderamento das partes.

Especialmente no que diz respeito ao direito de família, destacou-se que a mediação tem fundamental importância pois evita a consequência básica de um processo judicial, que é a determinação de ganhadores e perdedores, o que termina por desgastar ainda mais as relações já feridas.

Ainda, procurou-se exemplificar situações do direito de família que podem ser esclarecidas e solucionadas de modo mais satisfatório por meio da mediação, a exemplo do divórcio e da guarda compartilhada.

Com base em todo o exposto, foi possível perceber a importância da mediação como instrumento de pacificação social posto que ela se utiliza de técnicas que buscam restabelecer o diálogo e as relações previamente existentes. Essa postura é crucial nos conflitos familiares pois as relações daí decorrentes são recheadas de sentimentos e interesses únicos, que necessitam de adequada abordagem para serem solucionados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Org.). **Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Juspodivm, 2016.

AZEVEDO, André Goma (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 5^a ed. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BABILONIA. **Código de Hamurábi**, 1780 a.C. Disponível em <<http://www.cpihts.com/PDF/Codigo%20hamurabi.pdf>> Acesso em 15 jun. 2018

BECHARA, Evanildo C (Org.). **Dicionário escolar da Academia Brasileira de Letras**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2011.

BRASIL. Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF, jan 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 18 jun. 2018.

BRASIL. Lei 13105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, mar 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 26 jun. 2018.

BRASIL. Lei 13140, de 26 de junho de 2015. **Lei da Mediação**. Brasília, DF. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm> Acesso em: 26 jun. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompileado.htm> Acesso em: 26 jun. 2018.

CALADO, Maria dos Remédios. **A autocomposição: uma análise das modalidades usuais e dos elementos processuais e não processuais na resolução de conflitos**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 88, Maio de 2011. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9419> Acesso em 02 jun. 2018

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CÂMARA, Alexandre. **Lições de direito processual civil – vol. 1**. São Paulo: atlas, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Lejus, 1999.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo e processo de conhecimento** – vol. 1. 21. ed. São Paulo: Malheiros.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JR, Freddie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento**. Salvador: Juspodivm, 2015.

FERNANDES, Pedro. **Meios consensuais de resolução de conflitos no novo código de processo civil: a conciliação e a mediação**. Jus, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59938/meios-consensuais-de-resolucao-de-conflitos-no-novo-codigo-de-processo-civil-a-conciliacao-e-a-mediacao>> Acesso em 02 jul. 2018.

G1, Globo. **Dois casos de furto de galinhas vão parar no supremo tribunal federal**. Disponível em <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/04/dois-casos-de-furto-de-galinhas-vao-parar-no-supremo-tribunal-federal.html>> Acesso em 05 jun. 2018.

GAZETA DO POVO, 2017. **10 processos bizarros que já passaram pela justiça brasileira em 2017**. Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/10-processos-bizarros-que-ja-passaram-pela-justica-brasileira-em-2017-cfb53kgOztkesm7w6fc6ig>> Acesso em 05 jun. 2018.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: Juspodivm, 2016.
MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para resolução de conflitos**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição!** 3. ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MULLER, Jean-Marie. **O princípio da não-violência na educação**. São Paulo: Palas Athea, 2006.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil – vol. único**. São Paulo: Saraiva Jus, 2017.

PARKINSON, Lisa. **Mediação Familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SILVA FILHO, José Carvalho da Silva. **Os primórdios da jurisdição**. Porto Alegre: Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2014. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/PRIMORDIOS%20dajurisdicap%20Antonio%20Jose%20Carvalho%da%20Silva%20Filho.pdf>> Acesso em 25 jun. 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion. **A crise do estado e a crise da jurisdição: (in)eficiência face à conflituosidade social.** Revista de Direito, 2011. Disponível: <<http://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedereito.v7n1p7-39>> Acesso em 02 jun. 2018

SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e alteridade: a necessidade de “inovações comunicativas” para lidar com a (des)ordem conflitiva. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Org.). **Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas para o tratamento dos conflitos sociais.** Ijuí: Unijuí, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** 6 ed. São Paulo: Método, 2016.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou.** Florianópolis: Boiteux, 2004.