

A MEDIAÇÃO COMO CONTRAPONTO À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NOS CONFLITOS FAMILIARES

Rosane de Deus Santana dos Reis¹
Prof. Msc. Jackson Novais

RESUMO

As contendas decorrentes das relações jurídicas intersubjetivas subjugadas ao Poder Judiciário, notadamente os conflitos familiares, se revestem das mais complexas e ilimitadas facetas, tornando cada caso concreto distinto de outro, ainda que demonstrem similitudes quando analisados essencialmente sob a ótica do formalismo jurídico. Os modelos de arquitetura familiar evoluem a cada dia e, por conseguinte, novos embates se formam, trazendo consigo a necessidade de soluções aderentes à realidade destes novos atores sociais. O Direito de Família, atento aos novos paradigmas que estão se formando, bem assim a outros que estão sendo desconstruídos, começa a enxergar novas alternativas de solução dos conflitos que substituam, quando possível, a necessidade do julgamento de mérito feito por um juiz togado. Neste sentido e reconhecendo nas relações familiares particularidades não alcançadas pelos procedimentos tradicionais, busca-se, neste trabalho, demonstrar os proveitos do uso da mediação como método alternativo e/ou complementar na composição de conflitos familiares, que inclui, para o Direito, uma visão mais ampla da demanda, e para as partes envolvidas, a busca de uma solução com o olhar voltado a enxergar uma perspectiva mais próxima da verdade, o verdadeiro problema.

Palavras-chave: Arquitetura familiar. Paradigmas. Demandas. Soluções.

ABSTRACT

The disputes arising from the intersubjective legal relations subordinated to the Judiciary, especially family conflicts, are the most complex and unlimited facets making each concrete case distinct from another. However, they show similarities when analyzed essentially from the point of view of legal formalism. The models of family architecture evolve every day; therefore, new clashes are formed, bringing with it the need for solutions adhering to the reality of these new social actors. Family Law, attentive to the new paradigms that are forming, as well as to others that are being deconstructed, begins to see new alternatives of solution of the conflicts that replace, when possible, the necessity of the judgment of merit done by a toga judge. In this sense, and recognizing in family relations particularities not reached by traditional procedures, this paper seeks to demonstrate the benefits of the use of mediation as an alternative and / or complementary method in the composition of family conflicts, which includes, for law, a more broadly on the demand, and for the parties involved, the search for a solution with a view to see a perspective closer to the truth, the real problem.

Key words: Family architecture. Paradigms. Demands. Solutions.

¹ Bacharel em Administração pela Unesulbahia Faculdades Integradas do Extremo Sul da Bahia (2004). Pós Graduanda em Prática Jurídica em Direito Público e Privado pela Faculdade de Ilhéus – Ilhéus/BA (2019). Graduanda em Direito pela Faculdade de Ilhéus – Ilhéus/BA, 10º Semestre (2019). E-mail: rossane.deus@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A família é o núcleo fundamental da pessoa, responsável pela formação de sua personalidade. É quem lhe molda o caráter e, conseqüentemente, seu comportamento social. Como bem explica Rolf Madaleno em seu Manual de Direito de Família (2017), a vida em sociedade se alicerça a partir dos diversos núcleos familiares que compõem a comunidade social e política do Estado, o qual tem a importante missão de resguardar essas famílias, inclusive com o objetivo de robustecer o próprio ente político. Neste sentido, o Estado, quando toma para si a resolução dos conflitos familiares que resvalam na seara jurídica, assume uma grande responsabilidade perante os litigantes e, também, toda a sociedade.

A prestação jurisdicional tem como finalidade a composição, de acordo com o direito, de conflitos reconhecidos pelo direito, cujo epílogo culmina com a prevalência da pretensão do vencedor da quizila. As mazelas familiares se assentam nas idiosincrasias dos indivíduos que as compõem, tornando cada situação, de per si, um caso único. Nesse diapasão, indaga-se o quanto a mediação familiar, como alternativa de solução do conflito precedente ou dentro do processo, possui o condão de extinguir ou mitigar a necessidade de judicialização de tais querelas, ou seja, se tal alternativa representa o modelo adequado à solução dos problemas decorrentes das especificidades individuais que formam a ex-família, porquanto as decisões de mérito impostas pelo juiz togado serem muitas vezes questionadas e, nem sempre, eficientes em seu objetivo de por fim aos conflitos. De mais a mais, a agigantada demanda de ações que abarrota o poder judiciário impede a tão almejada celeridade da prestação jurisdicional, motivo pelo qual a mediação, também em face de seu caráter informal, se apresenta como possibilidade de se obter a pretendida duração razoável do processo.

Diferentemente do que, amiúde, se escuta por aí com pouco ou nenhum respaldo, a instituição família não está em decadência. Ao contrário, família é resultado da incessante transformação social. Não por outro motivo, a repersonalização das relações familiares é resultado da incansável busca do atendimento aos mais inestimáveis interesses da pessoa humana, que são o afeto, o respeito, a confiança, a solidariedade e, sobretudo, o amor (DIAS, 2013).

Seguindo com o entendimento de Dias (2013), inegável reconhecer que o ordenamento jurídico brasileiro ratifica o comprometimento do Estado em proteger as famílias e ordenar as relações de seus membros. Não obstante, a sociedade vem caminhando a passos largos rumo à tendência de reduzir o intervencionismo do Estado nas relações interpessoais. A propósito,

imperioso admitir que não há nada mais privado, mais particular, mais demasiadamente humano que a família, em cujo seio o homem nasce, vive, ama, sofre e morre.

O presente artigo objetiva demonstrar a necessidade da visão interdisciplinar entre os pensadores e aplicadores do Direito, nos temas relacionados às soluções das contendas de família, porquanto as especificidades individuais e suas interações no coletivo traspassarem os muros da justiça formal. Busca, nesse sentido, chamar a atenção para a mediação enquanto possibilidade real e efetiva do uso de uma ferramenta (extra)judicial que fomenta o resgate do diálogo entre as partes, como forma de facilitar a cooperação para se chegar à solução do conflito. A metodologia utilizada em seu desenvolvimento foi a pesquisa às referências bibliográficas disponíveis, participação em cursos específicos, bem assim através do contato frequente com profissionais que trabalham com a mediação familiar.

2 AS RELAÇÕES FAMILIARES NA CONTEMPORANEIDADE E O DIREITO BRASILEIRO

Família é tema inesgotável de estudos, de análises, de críticas, de opiniões, de saberes. Nada parece ser bastante o suficiente para abranger a sua grandeza e, por que não dizer, sua complexidade e completude. Um antigo dito popular traz que “família é o que sobra depois de tudo”.

Em tempos não tão remotos, nosso ordenamento jurídico considerava familiares as relações derivadas do parentesco, dos laços decorrentes da ancestralidade. Trocando em miúdos, até a Constituição Federal de 1988, as relações de parentesco eram aquelas originadas do matrimônio. O Direito de Família teve na Constituição de 1988 seu primeiro divisor de águas, assim porque a Carta Magna passou a enxergá-lo sob três eixos, conforme preleciona Madaleno (2017): 1) o da família plural em seus vários formatos - casamento, união estável e a monoparentalidade familiar; 2) a igualdade no enfoque jurídico da filiação; e 3) a consagração do princípio da igualdade entre homem e mulher.

A Lei 12.010/2009 trouxe de forma expressa outras referências familiares que foram para além daquelas previstas na Constituição Federal. Não por acaso, esse conceito continua mudando diuturnamente. Com efeito, as rápidas e contínuas mudanças no contexto das relações familiares demonstram que a cada resposta dada pelo Direito, novas perguntas exsurgem. É a verdadeira roda viva cantada por Chico Buarque...

Impende, aqui, destacar, outro marco de grande relevância no que se refere às mudanças ocorridas no direito de família brasileiro, que foi a histórica decisão do Supremo

Tribunal Federal no julgamento da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 4.277/2009, fundado na ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 132/2008 que, de forma unânime e com eficácia *erga omnes*, deu ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição Federal para excluir do referido artigo significados que pudessem impedir o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Nesta esteira, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 175/2013, proibindo cartórios e autoridades correlatas de recusarem-se a habilitar e celebrar casamento civil, bem assim converter união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

É cediço que a configuração da arquitetura familiar sofreu mudanças: a sociedade conjugal instituída formalmente pelo casamento de um homem com uma mulher permanece em cena, mas agora sendo apenas um modelo dentre tantos de um todo muito maior denominado família, que aceita diversas configurações, desde que baseadas no afeto. Para Madaleno (2017), a nova família se desprende do mero elemento biológico para dar lugar aos vínculos do afeto, que são muito mais importantes para a formação da pessoa humana do que o liame hereditário. Sobre a temática, afirma Giselda Hironaka:

Esta família atual não é melhor e nem é pior que a família do passado, mas certamente é muito diferente dos modelos familiares antecedentes, das estruturas de poder e de afeto que habitaram, construíram e modelaram os arquétipos anteriores a este que hoje conhecemos (HIRONAKA, 2006, p. 14).

Em semelhante sentido, Maria Berenice Dias assim preleciona:

Agora, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou 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 (DIAS, 2013, p. 42).

Exemplificadamente e sem qualquer pretensão de um mergulho mais profundo no tema, identifica-se alguns modelos de instituição familiar: o núcleo tradicional, a união estável, a família anaparental, a família homoafetiva, o núcleo adotivo, a família monoparental, o núcleo mosaico ou pluriparental, a família extensa ou ampliada, a família poliafetiva e, ainda, a atualíssima família eudemonista, cujo objetivo é a busca, pelo sujeito, de sua felicidade individual (DIAS, 2013).

Classificação quase idêntica é feita pelo doutrinador Rolf Madaleno, em sua obra “Manual de Direito de Família”: famílias matrimonial, informal, monoparental, anaparental, reconstituída, paralela, poliafetiva, natural, extensa ou ampliada, substituta, eudemonista e homoafetiva (MADALENO, 2017).

Como bem observa Rolf Madaleno:

A família contemporânea encontra sua realização no seu grupo e, dentro deste grupo familiar, cada um de seus integrantes encontra na convivência solidária e no afeto o valor social e jurídico que a família exerce no desenvolvimento da sociedade e do Estado (MADALENO, 2017, p. 37).

Diante da pluralidade de modelos da família contemporânea e, conseqüentemente, das idiossincrasias próprias de cada entidade familiar, diversos também são os conflitos que permeiam essas relações. Destarte, variadas devem ser as alternativas de pacificação destes conflitos.

2.1 Princípios que norteiam o Direito de Família

Princípios jurídicos são normas que possuem alto grau de generalidade, cujo conteúdo é de validade universal, e são, por assim dizer, mandatórios. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada (MELLO, 2000, p. 748).

Os princípios gerais do direito estão presentes em praticamente todos os sistemas jurídicos e, no Brasil, essa premissa não é diferente, sobretudo no Direito Civil e, com bastante ênfase, no Direito de Família, notadamente à conta de sua constitucionalização.

Nas palavras de Madaleno (2017, p. 4), “A comunhão plena de vida é princípio geral e ponto de partida para o pleno desenvolvimento pessoal dos partícipes de cada um dos diversificados modelos de famílias”. Para Suzana Oliveira Marques, os princípios são fontes primárias do direito, estando ao lado da lei e tendo vinculação obrigatória (MARQUES, 2009, apud MADALENO, 2017).

Diversos são os princípios introduzidos no texto constitucional, expressa ou tacitamente, sendo muitos deles endereçados ao tema em comento. Não há que se falar em rol taxativo de princípios no Direito de Família, entretanto, também não se pode olvidar serem alguns mais relevantes que outros, quando o que se pretende é o equilíbrio entre os indivíduos em suas relações. Destarte, merecem atenção os princípios de proteção da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da solidariedade familiar, do pluralismo familiar, do melhor interesse da criança e do adolescente, da paternidade/maternidade responsável e do respeito às diferenças (PEREIRA, 2015).

3 A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA NA COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES

O Estado de Direito, no exercício de sua função jurisdicional, carrega consigo a difícil missão de compor conflitos, cujo objetivo é, grosso modo, a pacificação social. Impende destacar que o direito tem como objeto as condutas humanas, mas tão somente as condutas intersubjetivas - as relações entre sujeito e sujeito, e entre sujeito e objeto. Com efeito, o direito não está adstrito à proteção das subjetividades (MACHADO NETO, 1973, apud ARGÔLLO, 2017).

Continuando com o pensamento de Argôllo (2017), no âmbito do direito, entende-se por conflitos familiares aqueles que têm como fundamento o descumprimento de uma norma jurídica, ou seja, que estejam previstos como tais no ordenamento jurídico. Nesse sentido, nenhum conflito humano caracterizar-se-á como jurídico se não estiver enquadrado em uma norma que assim o constitua. Em não sendo possível tal enquadramento, o conflito não será objeto de resolução como sendo de natureza jurídica, ainda que se lhes reconheça a existência fática, porquanto serem, para o direito, fatos jurídicos inexistentes.

No que concerne ao Direito de Família, cujos interesses tutelados, ainda que de caráter patrimonial, resvalam na ordem das emoções e, conseqüentemente, de suas impertinências, a função jurisdicional, isoladamente, não parece alcançar a profundidade dos quereres, dos verdadeiros interesses disfarçados de pedidos jurídicos, das sombras que cada pessoa carrega consigo, sobretudo aquelas decorrentes das feridas de amor.

As mudanças na arquitetura familiar e suas relações sociais fomentaram importantes avanços no estudo e aplicação do Direito de Família. Uma das mais importantes, talvez, seja o reconhecimento, pelo direito, da necessidade de interagir com áreas não jurídicas, notadamente das ciências humanas e sociais (psicologia, sociologia), no sentido de melhor compreender as peculiaridades das condutas intersubjetivas e subjetivas, distanciando-se do campo dimensional do direito, cujo conteúdo é marcado por formas e regras, buscando alcançar a multidimensionalidade das relações humanas (DIAS, 2013).

Em sua obra “Mediação de Família”, Maria de Nazareth Serpa assim preleciona:

Mediação é a maneira pacífica e não adversarial de resolução de disputas na qual, indivíduos, ou grupo de indivíduos, em disputa, facilitados por um terceiro neutro interventor, propiciam às partes, a consecução de um acordo, no qual ambas possam inteirar-se e satisfazer interesses (SERPA, 1999, p. 13).

Nesse cenário, a mediação surge como instrumento de quebra de paradigmas: sai a solução puramente dogmática e entra a comunicação entre os entes do conflito, onde o papel do mediador é no sentido de auxiliar as partes envolvidas para que consigam olhar para o verdadeiro problema, removendo falsas percepções, e, por fim, diante de uma nova perspectiva – mais próxima da verdade de ambos – construir a solução que melhor lhes atenda. A mediação pode, então, ser definida como uma negociação catalisada ou facilitada por um terceiro, ou seja, trata-se um procedimento autocompositivo onde duas partes em conflito são auxiliadas por uma terceira parte imparcial a melhor compreender suas posições, objetivando encontrar soluções compatíveis com seus interesses e necessidades, sendo esta terceira parte alheia ao problema e sem qualquer interesse na causa.

3.1 Princípios que orientam a Mediação

O artigo 166 do Código de Processo Civil dispõe sobre os princípios que orientam a mediação (como, também, a conciliação). Vejamos o “Art. 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.” (BRASIL, 2015)

Em semelhante sentido, o artigo 2º da Lei de Mediação (Lei 13.140/15), bem assim o artigo 1º do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, anexo III da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2010).

Este artigo fundamentar-se-á nos princípios constantes na Lei de Mediação, pela maior especificidade com o tema proposto.

3.1.1 Imparcialidade do Mediador

O atendimento ao princípio da imparcialidade é de fundamental importância na condução do processo de mediação, pois determina a proibição de qualquer atitude do mediador que caracterize tratamento favorecido a uma das partes. Ser imparcial está relacionado à conduta do mediador em relação aos mediados, e não em relação à temática que deu origem à mediação - sobre o tema deverá prevalecer a neutralidade do mediador (LOPES, 2010).

No ensinamento de José Maria Rossani Garcez (2004, p. 39), a mediação somente se mostra um instrumento eficaz de solução de conflitos quando "um terceiro imparcial auxilia as partes a chegarem, elas próprias, a um acordo entre si, através de um processo estruturado".

A imparcialidade é elemento essencial e inarredável do instituto da mediação e seu descumprimento restará prejudicado – inválida, por assim dizer - esse importante instrumento de composição de conflitos.

O procedimento da mediação é alicerçado no estabelecimento ou na restauração da comunicação entre os mediandos/partícipes. Daí porque a imparcialidade se afigura como requisito essencial, na medida em que se espera tratar-se de um procedimento justo, que estabeleça nos mediandos a confiança no mediador e, bem assim, na própria mediação.

3.1.2 Isonomia entre as partes

O liame entre o princípio da isonomia e o princípio da imparcialidade é tênue. Para a efetiva garantia do princípio da isonomia, mister garantir, também, o princípio da imparcialidade, consoante a busca pela solução harmônica da contenda, que é a característica maior da mediação.

O princípio da isonomia também está umbilicalmente ligado ao princípio da igualdade, com a devida vênia, por óbvio, porquanto imperioso que a lei considere à todos como iguais, mas que sejam ressalvadas as desigualdades de forma a garantir a igualdade material (DIAS, 2013).

3.1.3 Oralidade

Intrinsecamente relacionado ao princípio da informalidade, do princípio da oralidade que norteia a mediação deflui-se que as negociações e acordos construídos nas sessões devem ser orais, despidos de qualquer formalismo. A realização de alguns atos procedimentais demanda tempo, o que contraria uma das principais características da mediação, que é a celeridade, podendo tornar-se um óbice ao seu sucesso.

Destaque-se, outrossim, outro importante princípio que também se harmoniza com a oralidade, que é a confidencialidade, assim porque, de um procedimento de mediação que se alcança o acordo, reduz-se à termo apenas o resultado final. Neste sentido, o Enunciado 56 da ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), estabelece que "nas atas das sessões de conciliação e mediação, somente serão registradas as informações expressamente autorizadas por todas as partes".

3.1.4 Informalidade

A mediação tem como importante característica a ausência de uma estrutura (regras fixas) previamente estabelecida, bem assim a inexistência de normas, cabendo aos

participantes estabelecerem o formato com o qual pretendem conduzir o procedimento. Em não havendo inobservância às leis, todo modelo de procedimento é possível. Há que se considerar, por óbvio, que os atos praticados sejam simples e precisos, dotados de clareza e concisão, tudo isso com vistas a garantir a compreensão e satisfação dos envolvidos.

A despeito de inexistirem regras que engessem o procedimento, existem algumas diretrizes gerais que precisam ser observadas, mas que não descaracterizam o caráter informal da mediação, como a presença de mais de um mediador, a concordância dos mediandos para a ocorrência de novos encontros, a possibilidade de aplicação de técnicas de negociação, dentre outras.

Cumprе esclarecer que o procedimento da mediação se situa na esfera da completa informalidade apenas para os mediandos. No que concerne à mediação judicial, os mediadores devem observar alguns requisitos próprios ao rito, dos quais podem emanar o (in)sucesso do procedimento. A informalidade, neste sentido, está relacionada à simplicidade do procedimento, ou seja, à desburocratização das formas, cujo objetivo é tornar a mediação compreensível aos participantes.

3.1.5 Autonomia da vontade das partes

O princípio da autonomia da vontade das partes é elemento formador da consensualidade do procedimento. Respeitado o ordenamento jurídico pátrio, aqueles que desejam (ou se sujeitam) ao processo de mediação, concluem pela possibilidade de decidirem seus destinos. Nesta esteira, há que se garantir que a mediação não imponha, coercitivamente ou não, qualquer solução, por mais adequada que se lhes apresente. Na mediação os participantes desfrutam de plena autonomia para entrarem e, sobretudo, para permanecerem no procedimento.

O princípio da autonomia da vontade das partes se estende, também, aos mediadores, de modo que, no exercício de suas funções, possam exercê-las sem estarem subordinados a pressões de qualquer natureza - interna ou externa -, garantindo, assim, a liberdade na construção dos acordos.

3.1.6 Busca do consenso

O artigo 2º, inciso VI, da Lei de Mediação, aduz quanto à busca do consenso, quando trata dos princípios que orientam a mediação (BRASIL, 2015).

O Código de Processo Civil, em seu artigo 165, em semelhante sentido, aduz que o mediador 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 (BRASIL, 2015).

A busca pelo consenso é intrínseca ao procedimento da mediação. É, por assim dizer, a própria razão de ser da mediação, não podendo desta desvincular-se.

3.1.7 Confidencialidade

Também chamado de princípio do sigilo, a confidencialidade é elemento essencial no processo de mediação, sendo, talvez, o mais importante para o sucesso do procedimento, já que garante que as informações usadas nas sessões não sejam utilizadas no processo judicial existente ou em qualquer outro que possa surgir, estimulando os participantes na condução de um diálogo aberto e verdadeiro.

Nas palavras de Águida Arruda Barbosa:

O princípio da confidencialidade pressupõe uma relação da mais absoluta confiança, o que só é possível entre sujeitos de direitos da mesma natureza, qual seja, o espaço para a escuta e o uso da palavra, o que envolve sentimento (IBDFAM, 2016, n.p.).

Neste sentido, mesmo o juiz responsável pela homologação do termo de mediação somente terá acesso ao próprio termo, o que significa que não conhecerá dos motivos, ajustes e demais bases que alicerçaram o acordo.

Pode-se afirmar que, em regra, o sucesso da mediação que, em muito boa medida, decorre da eficiência do mediador, está relacionado à confiança que os participantes nele depositam, alicerçada na segurança de que os pontos debatidos durante a mediação não poderão ser utilizados como prova em processo judicial.

3.1.8 Boa-fé

O princípio da boa-fé deve ser observado por todo o ordenamento jurídico, assim em sua forma objetiva, quanto subjetiva.

Trata-se, grosso modo, da convicção íntima de um mediando em relação ao outro, de que aquele está agindo de forma honesta e leal, buscando alcançar uma solução justa para o conflito. A certeza da boa-fé também deve se estender ao mediador. No contexto da mediação, a boa-fé está diretamente relacionada à confiança que deve ser estabelecida entre todos os participantes - mediados e mediadores -, de forma que a solução adotada seja efetivamente a mais adequada para os envolvidos.

4 O PAPEL DO MEDIADOR

Numa definição ampla do que é mediação, pode-se afirmar que os mediadores desempenham um variado número de papéis. Muitas são as maneiras que um terceiro pode interferir em uma disputa, desde a mais sutil até a mais incisiva, que é através da coercibilidade.

Na lógica do Conselho Nacional de Justiça, o modelo de mediador ideal (e unicamente reconhecido e aceito enquanto mediador judicial) é aquele que atua de forma independente, identificando as causas do conflito e facilitando a comunicação dos mediandos, no sentido de que estes construam as hipóteses para a sua solução. Briquet (2016) defende que, para tanto, o mediador deve utilizar de táticas gerais, que são aquelas usadas para entender a origem do conflito, identificar o interesse dos participantes e ajudá-los na construção do acordo, e de táticas de contingência no enfrentamento de problemas, tais como desequilíbrio de poder, padrões destrutivos de interação, problemas de comunicação, falta de informação, e outros mais que se observarem necessários durante o procedimento.

A boa condução de um procedimento de mediação exige do mediador um extenso conhecimento, qual seja, uma formação abrangente que facilite o seu transitar em áreas como o direito, a psicologia, a sociologia, mas, sobretudo, que permaneça sempre estimulado a compreender os aspectos relacionais da convivência em sociedade. É essa complementaridade do conhecimento (ou interdisciplinaridade) que permite ao mediador alcançar o objetivo final, que é a pacificação dos envolvidos através do acordo, da consensualidade.

4.1 Fases da Mediação

A mediação, conforme afirma a literatura e legislação correlatas, é um procedimento no qual deve prevalecer a informalidade. Todavia, não se deve olvidar quanto à existência de um direcionamento contido nas normas de mediação, notadamente na Lei 13.140/2015, que estabelece uma sequência coerente de etapas a serem observadas pelo mediador no atendimento às partes durante as sessões. São, por assim dizer, técnicas especificamente elaboradas e estruturadas para o procedimento da mediação.

Explicando tais etapas de forma resumida, tem-se que as primeiras buscam, essencialmente, a compreensão do conflito por parte do mediador. Nesse sentido, a partir da escuta ativa das partes, o mediador identificará as questões e os interesses implícitos (diferente das posições, que são propostas unilateralmente impostas), bem assim os sentimentos envolvidos que estejam influenciando as percepções no tocante aos pontos que

desencadearam o conflito. Com efeito, há situações em que as questões, os interesses e os sentimentos estão adequadamente endereçados, mas, ainda assim, as partes permanecem sob impasse. É nesse primeiro momento (reunião de abertura) que o mediador deve deixar bastante claro os princípios que norteiam a mediação, tais como a autonomia da vontade das partes (é necessário que as partes queiram se submeter ao procedimento), a imparcialidade, a boa-fé e a confidencialidade (AZEVEDO, 2018).

Esta é a fase do procedimento na qual, a partir da visão geral dos fatos relatados pelas duas partes, o mediador faz a chamada reunião de informações, oportunidade em que serão registradas as suas percepções. É esse o momento em que o bom mediador atingirá o *rappport*, conceito utilizado na mediação para designar o relacionamento harmonioso ou estado de compreensão recíproca, decorrente da empatia, da simpatia ou de outros fatores que gerem, para as partes, comprometimento e confiança no procedimento.

Na lição de Azevedo (2018), reunidas as informações, o mediador fará o resumo da controvérsia apresentada, notadamente quanto aos interesses subjacentes, ocultos. O resumo é a soma das duas perspectivas em uma única descrição, e é o que dará o norte da mediação, assim porque canaliza a discussão para os principais aspectos do conflito. O resumo é, para o mediador, a organização do processo, pois é através dele que se estabelece a versão neutra, imparcial e prospectiva dos fatos, voltada para a solução do impasse. Para as partes envolvidas, o resumo possibilita a compreensão dos fatos sem o tom judicatório do processo. Com efeito, o início do procedimento da mediação é marcado pela ansiedade das partes em demonstrarem os seus pontos de vista. A atuação do mediador promoverá uma mudança de perspectiva das partes quanto ao conflito, fazendo com que percebam a desnecessidade de polarizar a discussão. O mediador deve proporcionar as condições para que os mediados vejam no outro não um adversário, mas alguém que também está interessado em resolver as questões.

Identificados os interesses e as questões, o mediador passará para as sessões privadas ou individuais, sobretudo nas situações de grande animosidade ou de dificuldade de comunicação, quando os participantes não conseguem expressar de forma adequada os interesses e questões que os levaram ao conflito.

Encerrada a etapa de esclarecimento de interesses, questões e sentimentos, inicialmente em conjunto e, em seguida, nas sessões individuais, o próximo passo é uma nova sessão conjunta, cujo objetivo é apresentar os progressos alcançados. Note-se, neste sentido, que até aqui, a única etapa fixa é a primeira, onde ocorre a reunião de abertura. Na sequência, ocorrerão tantas quantas sessões individuais, seguidas de sessões conjuntas, forem necessárias

à construção do acordo. Isto porque, é no decorrer dessas sessões que as partes desenvolverão a capacidade de efetiva comunicação, de forma que possam elas mesmas resolverem sozinhas os seus conflitos futuros. É durante as sessões que o mediador organizará as questões controvertidas, estabelecendo-se o liame entre os interesses e as partes, bem assim identificará aquelas a serem abordadas e tratadas nas sessões individuais e as que deverão ser tratadas conjuntamente. Na mediação familiar, as questões que envolvem grande carga emocional devem ser tratadas nas sessões individuais, de forma que a emotividade não prejudique a abordagem das demais questões.

A construção do acordo é costurada a cada sessão e vai se amoldando à vontade conjunta das partes, na medida em que elas são constantemente empoderadas, ou seja, são educadas para a resolução de seus conflitos. O acordo deve trazer satisfação aos mediandos, que é um dos propósitos mais importantes da mediação, razão pela qual os participantes optaram por se submeterem a ela (AZEVEDO, 2018).

O acordo (quando se chega a ele, por óbvio) é concluído na sessão conjunta final. Após a sua elaboração, parte-se para a etapa seguinte, que é a sua formalização através de um documento escrito que conterà os pormenores acordados verbalmente, cabendo salientar que, em cumprimento ao princípio da confidencialidade, este documento retratará tão somente as condições finais acordadas, quais sejam, aquelas necessárias a tornar o acordo um título executivo judicial ou extrajudicial, se assim for o caso.

Segundo Azevedo (2018), uma boa mediação é aquela que alcança as suas finalidades, ou seja, o acordo construído, o empoderamento dos mediandos e a compreensão conjunta da controvérsia de maneira harmônica, além do estabelecimento da comunicação e do relacionamento entre os envolvidos.

5 MEDIAÇÃO OU JUDICIALIZAÇÃO DO CONFLITO?

É fato incontroverso que o conflito é inerente às relações humanas e um dos grandes desafios do Judiciário consiste justamente em combater a posição singularista que defende que, para cada conflito de interesse, haverá apenas uma solução correta, a qual será definida pelo magistrado de primeiro grau, mantida ou reformada pelo grau recursal, mas sempre a verdadeira e única solução (AZEVEDO, 2018).

O conflito pode ser entendido como uma situação em que duas ou mais pessoas divergem em razão de interesses, objetivos ou metas individuais, tidos como incompatíveis pelos envolvidos. Insta destacar que há diversos conceitos semânticos para conflito, inclusive

aqueles que demonstram seu aspecto positivo. Admite-se, também, uma distinção técnica entre conflito e disputa, sendo esta última o resultado de uma demanda proposta. O conflito gera a demanda, ou, melhor, a demanda é articulada a partir de um conflito, entretanto, o conflito pode existir sem que dele surja uma demanda.

Nos processos heterocompositivos ou judicializados, o julgador se fundamenta na análise dos fatos conflituosos e do direito e, quando é o caso, estabelece a culpa pelos fatos. Nos processos autocompositivos, como ocorre na mediação, pelo viés sociológico que lhe é ínsito, sucede o contrário: o objetivo é encontrar soluções que atendam de modo pleno os interesses reais das partes. Não se trata, aqui, de determinar o certo e o errado, mas sim, de identificar quais são os interesses, quais as questões a serem dirimidas e como estimular os mediandos a encontrarem soluções que lhes sejam adequadas.

Nosso Estado Democrático de Direito apoia e fomenta a utilização de alternativas consensuais de resolução de conflitos que superem o modelo judicial tradicional (ROMÃO, 2003). Nessa perspectiva, observa-se a clara transição de um sistema de prestação jurisdicional de resolução de disputas, em que a obediência às normas processuais é fator estruturante, para um modelo em que se busca a efetiva solução do conflito, atendendo, portanto, aos anseios do jurisdicionado. Neste novo sistema, as normas processuais constituem-se instrumentos para o alcance das soluções, cujo foco é o ser humano - o componente fundamental do conflito.

No cenário que ora se descortina, não há mais espaço para tratar os conflitos familiares sob o manto da tradição jurídica. O necessário tratamento que se afigura se volta ao estímulo da compreensão recíproca, da humanização das disputas e, sobretudo, da manutenção das relações sociais (AZEVEDO, 2018).

A mediação, assim também as demais alternativas de solução consensual de conflitos, é vista por muitos como a ferramenta que irá desafogar o judiciário, posição esta que não se harmoniza com o entendimento trazido na literatura dominante, tampouco com o próprio Poder Judiciário. As formas alternativas de resolução de conflitos são instrumentos para a autocomposição de controvérsias, sendo a escolha por uma delas baseada no princípio da adequação. Impende, aqui, destacar uma importante característica da mediação e, em apropriada medida, a mais importante, que é o restabelecimento da comunicação entre os pares.

O procedimento da mediação pode ser extrajudicial (antes do processo), ou judicial - no decorrer do processo, por iniciativa das partes e sob a supervisão do Juiz -. Com efeito, a mediação judicial, como o próprio nome aduz, decorre de um conflito que foi judicializado. A

mediação extrajudicial, por sua vez, também pode carecer da tutela jurisdicional, nos casos em que a lei assim determina (exemplo: acordos que envolvam menores de idade). Note-se que, nas duas situações, o processo tem seu desfecho pelas mãos de um juiz.

Disso se depreende que, neste momento em que a quebra de paradigma no que se refere ao modelo de tratamento de conflitos ainda engatinha, em que a cultura do consenso não está sedimentada, a mediação não retira a pesada carga de processos que soterra o judiciário. Entretanto, sobejadamente no Direito de Família, há que se reconhecer que, com a mediação, o judiciário passa a assumir outro papel, que não o de julgador do mérito, mas, tão somente e com a merecida relevância, o papel de homologador de acordos, cujo rito processual é incontestavelmente mais célere que aqueles nos quais a contenda se arrasta indefinidamente.

Sucintamente, desafogar o judiciário não é a causa primeira da mediação, mas, certamente, se mostrará no futuro um de seus mais importantes efeitos, na medida em que a sociedade suplantar a tão arraigada cultura do litígio.

5.1 A cultura do litígio

Viver em sociedade é um processo contínuo de interações entre indivíduos, os grupos nos quais se inserem e os demais membros da sociedade. Esse processo leva os atores sociais à integração, à cooperação, ou ao conflito.

Um novo comportamento começa a surgir, ainda de maneira tímida, através da quase desconhecida advocacia colaborativa, que, em apertada síntese, é uma abordagem profissional por meio da qual se almeja criar um ambiente de cooperação, onde as partes envolvidas em um litígio conseguem alcançar a solução para as suas demandas em decorrência deste ambiente não adversarial. A prática, importada dos Estados Unidos, objetiva a atuação dos profissionais da advocacia na construção de acordos, evitando que o conflito se transforme em processo judicial. É o nascer da cultura do não litígio.

No entendimento de Azevedo (2018), a ideia do jurisdicionado que busca o Judiciário no afã de obter a solução de seus problemas através da determinação de um terceiro começa, progressivamente, a ser alterada pela visão do Estado que orienta as partes a resolverem consensual e amigavelmente as suas demandas, sendo que este mesmo Estado, apenas excepcionalmente, decidirá pelas partes. Neste sentido, é papel do Judiciário preparar o jurisdicionado na utilização adequada do sistema público de resolução de conflitos, além de, sempre que possível, orientar ou incentivar que as próprias partes resolvam suas querelas.

5.2 A mediação de conflitos familiares e a pacificação social

A existência do ser humano está condicionada à vida em pares e, seja pelo afeto, pela necessidade ou por outro motivo, as famílias estão em constante formação (DIAS, 2013).

Não por acaso, a Lei da Mediação se destaca no cenário das relações familiares como o instituto em que se concebe a transformação do conflito, assim porque sua utilização independe da intervenção ou imposição de um terceiro, mas sim, busca um desfecho para o conflito alicerçado no diálogo das partes envolvidas e devidamente amparado pelo mediador na construção do acordo.

No entendimento de Parkinson (2016), trata-se de um verdadeiro paradoxo da mediação esperar mais de casais separados ou que estejam atravessando uma fase difícil, do que de casais que estão juntos. Durante a mediação, espera-se que ex-casais tomem decisões importantes num momento em que, em boa parte das vezes, ainda estão vivendo um momento de perda. Parkinson (2016) ainda acrescenta que a decisão da separação, em regra, não é tomada conjuntamente. A separação, quase sempre, é iniciada de forma unilateral, depois de longo período de reflexão, ou precipitada, à conta de um evento crítico (a descoberta de uma traição, por exemplo). Com efeito, o que se observa com frequência é que há, de um lado, o iniciador da separação, e de outro, o destinatário da decisão do término do relacionamento. Indubitável admitir a existência de um abismo entre essas duas posições e, ao se adentrar neste fosso, a primeira coisa que se esvai é a capacidade de comunicação.

Situações de crise costumam alertar para o perigo, mas também abrem portas para as oportunidades. Nas palavras de Parkinson (2016, p. 104), “A ajuda intencionalmente proposta num determinado momento estratégico é mais eficaz do que aquela proposta num período de menos acessibilidade emocional”.

Ao tratar da complexidade pela qual perpassa a mediação familiar, Pereira (2015) defende que a solução consensual dos conflitos vai muito além da mera concretização de uma realidade objetiva, assim porque quando os “restos de amor” adentram no judiciário, um método como a mediação pode garantir a preservação dos laços e da estrutura familiar. Com efeito, imiscuir-se em litígios familiares requer, além da ética que deve pautar as relações, todo um cuidado e sensibilidade para com os envolvidos, sobretudo diante da indissolubilidade dos vínculos que permeia grande parte destes relacionamentos. Proporcionar um ambiente no qual familiares em situação de conflito tenham segurança para expor seus pontos de vista, interesses e sentimentos, o que se mostra factível na mediação familiar, parece ser a forma mais apropriada e, sobretudo, menos dolorosa e com menor risco de traumas na composição destes conflitos.

Em igual sentido, Maria de Nazareth Serpa:

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 nas mãos de terceiros... (SERPA, 1999, p. 17).

Por se tratar de uma técnica de resolução consensual de conflitos, a mediação contribui na formação de uma sociedade mais estruturada e, por conseguinte, mais pacífica, tendo em vista que são os atores sociais - sujeitos do conflito - que constroem um acordo baseado numa negociação conjunta, cuja solução satisfaz seus interesses próprios e comuns, preservando, tanto quanto possível, a relação familiar.

A Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação), bem assim os diversos excertos sobre o tema encravados no Código de Processo Civil, despontam como fagulha desta imensa fogueira de oportunidades que se descortina rumo à mudança de comportamentos, estimulando a cultura do diálogo, quebrando o paradigma do conflito que evolui para a disputa, evidenciando a importância da mediação como forma alternativa na resolução dos conflitos familiares, incentivando o acordo em detrimento do litígio. É um novo cenário que se configura no judiciário brasileiro.

A sentença nas ações de família, em regra, não produz a paz social almejada, não alcança o sentimento de justiça desejado pelas partes. Não custa aqui lembrar o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, que determina que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Sob essa perspectiva e defendendo que, nos conflitos familiares, a norma a ser invocada é a que suplica pela sensibilidade jurídica, o acesso à justiça não se mostra suficiente apenas em promover o acesso, mas sim, no dever de assegurar a resposta efetiva do Poder Judiciário, resultado da adoção do meio apropriado para a resolução do litígio.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito de Família vem passando por significativos avanços nas últimas décadas. Nesse sentido, os profissionais da área, diante da necessidade de ampliar a visão e o conhecimento sobre a problemática familiar, aliaram-se à outras disciplinas oriundas de ciências não jurídicas, notadamente as ciências humanas e sociais, objetivando encontrar soluções mais adequadas às particularidades da família. Supera-se, então, a dimensão do direito voltada apenas para o formalismo jurídico, cuja preocupação era o atendimento ao

processo legal, e nasce a visão interdisciplinar, com o apoio de áreas como a psicologia e a sociologia, que proporcionam um olhar holístico sobre o assunto.

A Constituição Federal de 1988 apresenta-se como um divisor de águas para o Direito de Família, nomeadamente ao assegurar os princípios de proteção da dignidade da pessoa humana, do pluralismo familiar, do melhor interesse da criança e do adolescente e do respeito às diferenças. Emana destes princípios o propósito inaugural da lei maior, que é a pacificação social. É desta esteira que defluem alternativas judiciais e extrajudiciais com vistas à resolução consensual de conflitos, como é o caso da mediação, aqui retratada.

Família é plural. A grandiosa instituição denominada Direito de Família está se desvanecendo, cedendo lugar para outra instituição ainda mais grandiosa: o Direito das Famílias. Dos diversos modelos de convivência familiar exsurtem infindáveis conflitos, motivo pelo qual afigura-se de extrema relevância todo aporte justaposto ao saber jurídico, que se lhe contribua com novos olhares, novas perspectivas, novos saberes. Aquele que transita na seara dos conflitos familiares não pode perder de vista a complexidade que lhe é ínsita, devendo sempre ponderar que toda divergência converge para o crescimento, desde que conduzida pela via do diálogo, da compreensão e do afeto (ARGÔLLO, 2017).

Se, conforme repete Rodrigo da Cunha Pereira (PEREIRA, 2015, p. 59, apud DIAS, 2013, p. 83), “São os restos de amor que batem às portas do Judiciário”, necessário se faz que estas portas sejam abertas por um Judiciário consciente de seu dever enquanto pacificador social, de apaziguador de almas e de corações feridos, desprovido de críticas e atitudes moralistas, que acolha o seu jurisdicionado – seres humanos – em seu mais importante desafio, essência primária da vida, que é dar e receber amor.

REFERÊNCIAS

ARGÔLLO, Helvécio Giudice de. **A (Im)pertinência do discurso psicanalítico na composição de conflitos familiares judicializados**. 2017. 74 f. Monografia (Especialização) - Curso de Psicologia, FTC Faculdade de Tecnologia e Ciência, Ilhéus, 2017.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 7. ed. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2018.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Diário Oficial da União, Brasília, 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 18 maio 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

_____. **Lei n. 8.069, 13 julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 18 maio 2019.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo. Brasília, DF, 29 jun. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 18 maio 2019.

_____, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão n.1162196, 20160610153899APC**. Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, Relator Designado: DIAULAS COSTA RIBEIRO 8ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 28/03/2019, Publicado no DJE: 10/04/2019. Pág.: 533/535. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6944440470/20160610153899-df-0015096-1220168070006>. Acesso em: 18 maio 2019.

BRIQUET, Enia Cecília. **Manual de Mediação – Teoria e prática na formação do mediador**. Petrópolis: Vozes, 2016.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas**. IBDFAM, Belo Horizonte. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/223.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n 125, de 29 nov 2010**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: Juspodivm, 2015.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

LOPES, Vitor Carvalho. **Breves observações sobre os princípios da imparcialidade e neutralidade do mediador: conceituação, importância e alcance prático desses princípios**

em um processo de mediação. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/>. Acesso em: 12 abr. 2019.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

PARKINSON, Lisa. **Mediação Familiar.** Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

TARTUCE, Flavio. **Novos princípios do direito de família brasileiro.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 2 jan. 2009. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22637>. Acesso em: 4 abr. 2019.