



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES

CURSO DE DIREITO

**A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO
DIREITO DE FAMÍLIA**

Cristina Weizenmann

Lajeado, junho de 2009

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES
CURSO DE DIREITO

**A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO
DIREITO DE FAMÍLIA**

Cristina Weizenmann

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II - Monografia, do Curso de Direito, como exigência parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Bianca Corbellini Bertani

Lajeado, junho de 2009

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer aos meus pais, Paulo Alécio e Isoldi, pelo afeto, o amor e o carinho que sempre acompanharam nossa família. Especialmente, agradeço pela força e apoio durante todo o curso de direito. Ainda, agradecer a minha querida irmã Mariana, que auxiliou quando necessário, principalmente nas tantas idas e vindas da biblioteca, durante o período da monografia.

Ao meu namorado, Tiago, pelo carinho, amor e atenção demonstrados nos últimos meses, e principalmente pela paciência e companheirismo dedicados no período de pesquisa e redação do presente estudo.

À minha orientadora, Bianca Corbellini Bertani, pelo incentivo a esta pesquisa, por todas as orientações recebidas, e, principalmente, por dedicar-se realmente de coração à sua bela profissão, de ensinar e passar o conhecimento aos seus alunos. É com ela que divido o resultado de todo este trabalho.

Por fim, a todos os amigos que me acompanharam durante esta jornada: os colegas, professores e familiares, que do seu jeito contribuíram para a minha realização pessoal, social e profissional.



O acordo é solução aceita; o julgamento é solução forçada.

(Roberto Portugal Bacellar)

RESUMO

Esta monografia está circunscrita fundamentalmente às áreas dos meios de resolução de conflitos e do Direito de Família, tratando, especificamente, da Mediação como meio de resolução de conflitos, tendo como objetivo verificar a viabilidade e a aplicabilidade do uso da mediação nas controvérsias familiares. O estudo descreve, inicialmente, questões relevantes sobre a família, suas transformações, seus princípios e sua proteção legal, além da ética e da forma de intervenção em conflitos que envolvam pessoas ligadas por laços familiares. Após, são identificados os meios de resolução de controvérsias, fazendo-se um breve relato sobre cada um deles, possibilitando-se, assim, a sua delimitação e o entendimento acerca das principais diferenças entre eles. Em seguida, aborda-se a mediação no conflito familiar, demonstrando-se suas peculiaridades, seu conceito, seus princípios e seus objetivos, procurando, ao final, concluir pela sua aplicabilidade e viabilidade em casos específicos de direito de família, como as questões de guarda, alimentos e a dissolução das entidades familiares.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Meios de resolução de conflitos. Mediação.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC - Código Civil

CF - Constituição Federal

CPC - Código de Processo Civil

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	8
2 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA E SUA PROTEÇÃO LEGAL NO DIREITO BRASILEIRO	13
2.1 Evolução da família e seu conceito	13
2.2 Princípios norteadores do direito das famílias.....	18
2.2.1 Princípio da “ <i>ratio</i> ” do matrimônio e da união estável	20
2.2.2 Princípio da igualdade	21
2.2.2.1 Igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros	22
2.2.2.2 Igualdade jurídica de todos os filhos	23
2.2.3 Princípio da consagração do poder familiar.....	24
2.2.4 Princípio da liberdade.....	24
2.2.5 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	26
2.3 Proteção legal das famílias no ordenamento jurídico brasileiro	27
2.4 Os conflitos presentes na nova estrutura familiar	30
2.5 A ética na intervenção dos litígios envolvendo famílias	34
2.6 A transdisciplinaridade e a intervenção em conflitos familiares	36
3 MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	41
3.1 Acesso à justiça	41
3.2 A negociação	45
3.3 A conciliação	49

3.4 A arbitragem	53
3.5 A sentença judicial	58
3.6 A mediação	67
4 A MEDIAÇÃO NO CONFLITO FAMILIAR.....	68
4.1 Noções preliminares e conceito de mediação	68
4.2 Princípios definidores da mediação	73
4.2.1 Princípio da Imparcialidade.....	74
4.2.2 Princípio da Competência	74
4.2.3 Princípio da Confidencialidade.....	75
4.2.4 Princípio da Liberdade e poder de decisão das partes.....	76
4.2.5 Princípio da Informalidade	78
4.2.6 Princípio da Não-competitividade.....	80
4.3 Objetivos da mediação	81
4.4 A figura do mediador	84
4.5 Mediação e direito de família.....	87
4.5.1 Mediação e dissolução da entidade familiar.....	89
4.5.2 Mediação familiar e alimentos.....	92
4.5.3 Mediação familiar e guarda	94
4.6 O acordo na mediação e sua efetividade	96
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	100
REFERÊNCIAS.....	104
APÊNDICE.....	111
ANEXO	115

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O ser humano tem por característica a organização em grupos, ou seja, é um ser, em sua essência, gregário. Em decorrência, ele acaba criando uma diversidade de regras para o bom convívio entre os membros do seu grupo. Observa-se que, apesar disso, os homens são diferentes entre si, embora alguns pensem e se comportem da mesma forma, ou de maneira muito parecida. Conseqüentemente aos fatos acima elencados, originaram-se normas em locais onde a convivência social e em grupo era necessária. Para exemplificar, há o velho caso de um homem isolado, apenas ele, numa ilha deserta. Lá, o direito não precisa existir, pois é o único vivente humano do local. Porém, quando dois ou mais indivíduos se reúnem, há a necessidade de um mínimo de regras a serem seguidas, para que um não se sobreponha ao outro.

As normas existem e, quando descumpridas, acarretam algum tipo de sanção. Outras normas estabelecem aos indivíduos regras de conduta e comportamento perante a sociedade. Em outros casos, para que o ordenamento jurídico seja efetivamente cumprido, alguns procedimentos básicos para a propositura do pleito devem ser observados. A realidade brasileira é de que diariamente chega ao Judiciário uma imensidão de ações, tornando a resolução dos conflitos bastante demorada e onerosa. Para terem seu litígio resolvido, pessoas abrem mão da sua capacidade de negociar a solução com a parte contrária de forma amigável e direta, investindo na busca por profissionais capacitados para conseguir auxílio na luta pela sua pretensão. Como no Brasil as demandas judiciais também são inúmeras nas varas de família, percebe-se a necessidade de buscar alternativas

complementares para resolver os conflitos daí resultantes, nos quais estão em jogo os interesses de pessoas interligadas pelo vínculo familiar e, principalmente, pelas relações de afeto.

Nesse sentido, a presente monografia propõe-se a estudar mais detalhadamente uma das maneiras alternativas de pensar, trazendo a mediação como uma possibilidade de resolver os conflitos por meio do diálogo entre as partes no direito de família. É necessário trazer à tona que maneiras diferenciadas de solucionar conflitos existem, sendo que o acesso à população em geral deve acontecer por meio da melhor divulgação desses mecanismos que podem auxiliar o Poder Judiciário como forma complementar, acarretando certo alívio ao meio tradicional. Nas questões envolvendo as famílias, deve-se levar em conta que a intervenção precisa ser realizada com cautela, sendo de suma importância o tratamento dos familiares com competência, seriedade e ética, pois são abordadas questões essenciais no relacionamento dos envolvidos. Na mediação familiar, a comunicação entre os envolvidos no procedimento será facilitada pelo mediador, para que os mediados possam, ao final, resgatar o protagonismo de sua vida, tomando a decisão em conjunto com a outra parte, de forma que o mediador nada decida.

Assim, a mediação pode trazer amplos benefícios aos participantes, com a resolução do conflito de forma menos burocrática e traumática. Criar uma cultura de pacificação de conflitos, e não apenas estimular o enfrentamento de partes com interesses divergentes, o que reverterá em resultados obtidos em menos tempo e de forma a agradar posições antagônicas. O mundo agitado e as mudanças freqüentes na vida dos indivíduos acabam deixando muitas pessoas incapazes de protagonizar uma solução para a sua própria vida.

No âmbito da família, em que se cria afeto, carinho, amor, raiva, ódio, dentre outros sentimentos, pode ser a mediação ainda mais prestativa. Envolver-se em demandas familiares requer muita ética e cuidado, pois os seres humanos participantes desta relação conviveram e criaram laços, que ora desfeitos, ou com pontos mal elucidados, são muito mais frágeis. Oportunizar um ambiente no qual os familiares em conflito possam expor suas idéias e sentimentos, dando espaço para formação de um diálogo que antes não era possível em família, deve agregar bons

resultados. E esse é o maior objetivo da mediação: resultados em que ambas as partes fiquem satisfeitas construindo a sua solução para o conflito.

Os conflitos familiares são bastante complexos, e, por esse motivo, o seu estudo exige o aprofundamento de diversos aspectos que envolvam a família e seus problemas. Por esse motivo, primeiramente, objetiva-se descrever a evolução da família e de seu conceito no direito brasileiro, frente às inúmeras mudanças na sociedade contemporânea. Para tal, é necessário estruturar a pesquisa nos alicerces sólidos que sustentam o direito familiar: os princípios do direito de família e a sua proteção legal.

Em seguida, para dar ênfase à família em situação de conflito, abordam-se os problemas presentes na nova estrutura familiar, uma vez que a dinamicidade do mundo e das relações familiares afetam diretamente o comportamento dos indivíduos, refletindo em seu comportamento com os familiares. Busca-se, também, destacar a importância da ética na intervenção dos litígios de família, pois os profissionais envolvidos na resolução da controvérsia necessitam de atitudes condizentes com situações muito delicadas. Nessa seara, demonstra-se, por fim, que a transdisciplinaridade na intervenção é elemento chave de sucesso para encontrar a solução no caso concreto. A busca do equilíbrio pode estar na intervenção por diversas áreas da ciência, não se limitando ao trabalho de um profissional apenas.

Após o estudo da família, no capítulo seguinte, busca-se delimitar os meios de resolução de conflitos. Inicialmente, traz-se à tona a questão do acesso à justiça, assunto relevante e polêmico entre os estudiosos. Procura-se entender o que é de fato esse “acesso” e identificar maneiras diferenciadas de prestação da justiça buscada pelos indivíduos.

Para que o acesso à justiça aconteça mais amplamente, há que se ressaltar a eficiência e a eficácia dos meios alternativos ou complementares de resolução de conflitos, que utilizam técnicas bem conceituadas para remediar controvérsias entre indivíduos. Embora os cidadãos tenham direito de acesso ao Poder Judiciário, o uso desses outros meios é de grande valia para que esse acesso à justiça se democratize.

Ainda, neste mesmo capítulo, identificam-se os meios encontrados na doutrina como passíveis de utilização e delimitam-se as áreas de atuação de cada um deles, dando suas principais características e maneiras de uso frente aos conflitos reais. A partir da delimitação dos meios de resolução de conflitos, objetiva-se identificar quais são eles, fazendo a sua diferenciação, possibilitando ao leitor entender melhor a dinâmica da mediação, tema central dessa pesquisa. A presente monografia traz, portanto, ao estudo os institutos da negociação, conciliação e arbitragem, como meios complementares, e a sentença judicial, meio tradicional de busca da pacificação entre partes conflitantes.

No último capítulo, estuda-se, especificamente, a mediação no conflito familiar. Na mediação, as partes buscam encontrar a solução de sua controvérsia por meio do diálogo e da negociação dos interesses de cada um. Com o apoio de um profissional chamado mediador, as pessoas em conflito podem debater sobre a divergência e, conjuntamente, encontrar a solução que agrada a ambas. Ao chegar na mediação, busca-se analisar a aplicabilidade e a viabilidade do procedimento nas relações e conflitos familiares. Assim, o tema desta monografia é a mediação no direito de família, mas, para melhor entendimento, no decorrer do capítulo são tratados também pontos específicos como os objetivos da mediação, considerações a respeito da figura do mediador, mediação e questões específicas envolvendo famílias, e, ao final, o acordo firmado na mediação e sua efetividade junto ao mundo jurídico.

O direito é muito dinâmico. Quando tratamos então do direito de família, a dinamicidade aumenta ainda mais, pois, com a relação direta dos indivíduos e suas pretensões de “felicidade”, existe uma imensidão de situações fáticas e de direito que podem acontecer.

Acredita-se que a família, no momento de crise e de conflito, precisa de um apoio especializado para resolver os seus problemas. Durante o presente estudo, traz-se a problemática da viabilidade e da aplicabilidade da mediação nos conflitos familiares, como pano de fundo para toda a pesquisa, sendo a resposta principal a ser buscada.

Nesse contexto, propõe-se o presente trabalho a estudar o direito de família e, principalmente, a mediação como meio alternativo para a resolução de conflitos entre os seus membros. A mediação pode ser uma excelente maneira de viabilizar o

entendimento de componentes do mesmo núcleo familiar em situação de crise. Por sua vez, colabora, ainda, o presente instituto, para desafogar o Poder Judiciário, uma vez que são inúmeras as questões familiares a ele submetidas.

Assim, vislumbra-se que a solução de conflitos familiares pode estar, antes de qualquer coisa, no diálogo. A mediação requer o diálogo sempre. O papel dela é auxiliar as partes, para que, com a troca de idéias, possam chegar a uma medida ideal, que satisfaça aos envolvidos. Assim sendo, tem-se que, por meio da mediação, o terceiro neutro ajuda as partes a identificarem suas pretensões e elucida, em conjunto com as mesmas, em que pontos cada uma pode ceder. Tem-se uma alternativa rápida e viável para a solução amigável de alguns problemas familiares específicos. Para isso, é necessário que as partes envolvidas estejam dispostas a utilizar esse tipo de meio para resolverem as suas diferenças.

Quanto à abordagem, esta Monografia tem sua metodologia baseada na pesquisa qualitativa, tendo em vista que investigará a mediação por meio da percepção de autores que tratam do assunto, identificando a natureza e o alcance do tema estudado. Quanto aos objetivos, será utilizado o método dedutivo, pois propõe que as informações partam de um pressuposto geral para as particularidades, que resultam na dedução de certas conclusões. Neste estudo, a busca pelo conceito geral de família na atualidade, as formas de resolução de conflitos por vias diferenciadas, e, finalmente, o estudo da mediação de modo particular trarão uma evolução do pensamento.

Os instrumentais técnicos estruturam-se na pesquisa bibliográfica, com estudo de autores que especifiquem o tema desta monografia. Incluem-se nesta, a revisão teórica, livros, revistas jurídicas, artigos científicos, *sites* especializados e outras publicações acerca da mediação. Ainda, destaca-se que como instrumental técnico foi feita uma visita ao Gabinete de Mediação, em funcionamento no Rio Grande do Sul, na cidade de Novo Hamburgo. Na visita, foi realizada a aplicação de uma entrevista semi-estruturada com mediadores, ou seja, foram acrescentadas perguntas ao roteiro prévio de questionamentos. A entrevista, que se encontra em Apêndice, traz um enfoque significativo da realidade para dentro do estudo, revelando a mediação na ótica dos profissionais que atuam diretamente nessa área.

2 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA E SUA PROTEÇÃO LEGAL NO DIREITO BRASILEIRO

Formar uma família pode ter uma finalidade diferente e um modo distinto de ser considerada em cada momento histórico de civilização. Por isso, objetiva-se descrever a evolução da família e do seu conceito frente às inúmeras mudanças na sociedade contemporânea, apresentar seus princípios, sua proteção legal e ética e, por fim, ressaltar a importância da transdisciplinaridade nas questões atinentes ao direito de família.

2.1 Evolução da família e seu conceito

Conforme Dias (2007), a existência dos seres humanos tem, em sua base, como fato natural, a vida em pares. Com o primordial intuito da propagação da espécie, e pelo fato de algumas pessoas terem aversão à solidão, acontece de forma contínua e duradoura a formação das famílias.

Para Dias (2007), a reunião das famílias acontece espontaneamente no meio social, pois os diversos agrupamentos informais têm a mesma finalidade que é a convivência em comum. A família é uma organização construída pela sociedade, onde cada membro ocupa uma posição e, ao mesmo tempo, desempenha uma função, como ser pai, mãe, irmão, filho. Novaes (2006, p. 215) bem elabora o significado da convivência quando define que “conviver pressupõe basicamente interagir, criar vínculos, enfrentar desafios, superar obstáculos e trocar experiências”.

É nessa troca de experiências, e pelo contato diário, que surge a evolução dos agrupamentos familiares. Para Pereira R. (2003), são diversos fatores que influenciam para que as modificações aconteçam ao longo do tempo. Percebe-se a interferência da sexualidade e a aproximação das pessoas na forma de se relacionarem; o avanço das pesquisas e das descobertas científicas, que engrandecem o saber humano e possibilitam o avanço da espécie; a descoberta dos contraceptivos, possibilitando às famílias e, principalmente, às mulheres projetarem a sua vida optando, ou não, por filhos; a divisão e a redivisão do trabalho, que coloca homens e mulheres diariamente na disputa por empregos, cargos e possibilidades de crescimento em sua vida profissional; a globalização¹, levando e trazendo informações com uma velocidade muito grande, criando, ao mesmo tempo, a integração social e, por outro lado, provocando a exclusão de grandes multidões. Afirma ainda Pereira R. (2003, p. 234) que “as mudanças são mesmo muito difíceis. Admiti-las significa repensar modelos, paradigmas e abrir mão de determinados poderes instituídos”. Mas, apesar das dificuldades e contratemplos, há que se levar em conta que a mudança é uma constante.

Desde a concepção da família arcaica², até os tempos atuais, vários formatos foram tidos como “ideais de família”, porém, com o passar dos anos, as coisas foram mudando e esses conceitos evoluíram na mesma escala.

A família já teve vários contornos, conforme Grisard Filho (2007). Inicialmente, a idéia de família arcaica e, posteriormente, acompanhando as tendências das sociedades, para a clássica, a patriarcal, o núcleo familiar e a família contemporânea, dentre outros. Salienta Palma (2001) que, dentro dessa gradual evolução, pode-se observar uma característica muito forte que foi o patriarcalismo.

¹ O termo globalização se presta a várias interpretações. É visto como processo fatal e inescapável, ou como mera ideologia, propagandeada pelo Banco Mundial e pelos países dominantes, para servir aos interesses das empresas transnacionais. Para outros, entretanto, trata-se de um fenômeno real que merece ser levado a sério e analisado com mais profundidade. Nesta perspectiva estão aqueles que vêem a globalização como um processo de homogeneização, isto é, de padronização e estandardização das atitudes e comportamentos em todo o mundo, colocando em risco a diversidade cultural da humanidade. A globalização é aqui compreendida principalmente em sua dimensão econômica dominante de interligação mundial de mercados (VIEIRA, 2005, p. 69-70).

² Segundo Grisard Filho (2007) é difícil estabelecer sua conceituação, devido à falta de informações precisas a respeito das sociedades mais primitivas. O que se pode fazer é supor a organização da família arcaica, com a análise conjunta da evolução dos seres humanos. Neste contexto, explica que a família arcaica passou por uma série de modificações, passando por estágios da selvageria, da barbárie e por fim à chegada à civilização.

A família patriarcal, espelhada na estrutura familiar romana, instalou-se na passagem do matriarcado³ para a monogamia moderna. Representa, pois, a troca de sistema que baseava a organização familiar, trazendo agora a figura masculina na chefia do grupo. A busca dos homens pela sobrevivência da família, seja procurando alimentos ou, mais adiante, trabalhando para dar o sustento, demonstra a importância do sexo masculino. Afirma Grisard Filho (2007, p. 45) que: “O patriarcado vem determinar o parentesco, a hereditariedade, a posição e o nome das crianças de uma família a partir do tronco paterno”. E assim ocorreu durante muito tempo, período no qual a supremacia masculina fora facilmente percebida.

Dentro dessas mudanças reiteradas, o matrimônio foi uma modalidade de instituição familiar que se destacou, sob diversas maneiras ao longo dos tempos:

A modo de resumo, a cronologia da família experimentou três formas principais de matrimônios, consangüíneo, sindiásmico e monogâmico, correspondentes aos três estágios fundamentais da evolução da humanidade mesma. Ao estado selvagem corresponde o casamento consangüíneo, ou por grupos; ao estado da barbárie corresponde o casamento sindiásmico, ou de casal; à civilização corresponde a monogamia (GRISARD FILHO, 2007, p. 49).

Assim, pode-se dizer que cada época é diferente, considerando seu desenvolvimento social, político, humanitário e ambiental.

A família monogâmica teve peculiar característica ao iniciar o impulso econômico da produção. A prole, que à época normalmente era grande, vivia para a família, ajudando no ofício do patriarca, tanto nas zonas rurais quanto nas urbanas, na lida do campo ou em pequenas oficinas. “Essa situação vai-se reverter somente com a Revolução Industrial, que faz surgir um novo modelo de família”, comenta ainda Venosa (2004, p. 18). Com a chegada da industrialização e a revolução das máquinas acontecendo rapidamente, perde-se aquela unidade de produção familiar. Em meio a essa perda, a instituição familiar passa a desenvolver melhor os valores afetivos, espirituais e morais.

Outro ponto importante no direito de família é o casamento. Explica Dias (2007) que o maior intervencionismo estatal trouxe a instituição do casamento como a formalização dos vínculos entre as pessoas. Foi uma espécie de convenção social,

³ Com relação ao matriarcado Grisard Filho (2007) explica que primitivamente os homens viviam em completa promiscuidade sexual, sendo que somente as mães eram conhecidas pelos filhos, não se tendo certeza da identidade do genitor masculino. Por isso, as mulheres detinham o domínio dos grupos.

de que o casamento seria a base da família. Nesse sentido, corrobora Diniz (2004, p. 39) ao dizer que “é o casamento a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da sociedade”.

Porém, esse conceito, ao afirmar que o casamento é “uma” das bases, já evidencia a presença de “outras” maneiras possíveis para a formação dos núcleos familiares, diversas ao casamento e atualmente aceitas para a constituição das famílias.

Existe, em decorrência de toda essa evolução, um paradoxo para a compreensão do conceito de família, conforme afirma Venosa (2004). Dentre os vários ramos do direito não há unicidade ao definirmos quem é a verdadeira família, certamente porque não exista uma fórmula exata. Ainda, sua extensão não é coincidente, podendo a mesma expressão “família” dar diversos significados. O direito estuda as relações entre pessoas que são unidas pelo matrimônio, pela união estável, entre pais e filhos, tutelados, curatelados. Mas, para Venosa (2004, p. 16), “importa considerar a família em um conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas pelo vínculo jurídico de natureza familiar”.

O entendimento atual aponta para a valorização e satisfação dos membros de cada organização familiar:

Já na modernidade difunde-se a idéia de valorar os direitos da intimidade e da privacidade. Sua incindível conexão com a dignidade humana estimou que estes deveriam ser os últimos dos atributos da pessoa humana a necessitar de limitações, desta sorte consumando uma mudança do enfoque que da família se tinha até então, abandonando-se as concepções abstratas e estéreis que impediam o livre desenvolvimento da pessoa. Impunha-se descerrar o véu do núcleo familiar para desvendar em cada caso se verificava efetivamente um vínculo de amor e autêntica solidariedade entre seus integrantes (GRISARD FILHO, 2007, p. 55).

Gama (2006, p. 78) fala também na relatividade do conceito de família: “O conceito de família é relativo, altera-se continuamente, renovando-se como ponto de referência da pessoa na sociedade e, assim, qualquer análise do fenômeno não pode prescindir de focar o momento histórico e o sistema normativo em vigor”.

Nesse contexto, vislumbram-se as várias maneiras de conceituar a família. Na prática, são, também, aceitas outras possibilidades de constituição das mesmas,

modernamente inseridas no cotidiano das pessoas e, ao mesmo tempo, na esfera jurídica. Valoriza-se, hoje, o sentimento das pessoas que formam o grupo familiar.

Segundo Palma (2001), a família moderna entrelaça características de todos os tipos de núcleo familiar, e aceita a sua formação de qualquer maneira, desde as mais antigas até as mais modernas. Caminha-se para a igualdade dos institutos familiares, legalizados ou não, mas aprovados sim, sob a ótica de que o importante é a finalidade e a felicidade dos membros formadores dela.

A família natural, formada por pai, mãe e filhos, não é mais o único modelo existente, podendo a união estável, as relações homoafetivas, as famílias monoparentais⁴, substitutas e adotivas⁵, reconstituídas⁶, paralelas⁷, anaparentais⁸, dentre outras, serem o meio para o encontro da identidade dos indivíduos. Cada um é digno de fazer a sua escolha.

Nesse contexto, a compreensão do conceito e sua evolução exigem muita reflexão:

Pensar e repensar o Direito de Família na atualidade significa voltar àquilo que é, por outro lado, mais primitivo e primário, ou seja, compreender as relações familiares, para, inclusive, entender os nós, as dificuldades de sua aplicabilidade, a atual política legislativa sobre a família e o entravado Poder Judiciário (PEREIRA R., 2003, p. 232).

Os reflexos da sociedade se propagam para todas as esferas, e, nesse ambiente, não é de se duvidar que a família receba uma dose de modificações com o passar dos tempos. Portanto, diante de todo o exposto, restam algumas reflexões a serem feitas:

O fato é que o homem diante do mundo atual globalizado fica perplexo face às suas peculiaridades: violento, narcisista, complexo, contraditório, plural e formula as seguintes indagações: De que modo reestruturar a convivência humana?; Quais os mais efetivos eixos dessa reestruturação?; Quais os seus desdobramentos e implicações no cotidiano e na dinâmica institucional? (NOVAES, 2006, p. 215).

⁴ Qualquer dos pais e seus descendentes.

⁵ Substitutas são aquelas famílias provenientes de uma relação não sanguínea, onde os indivíduos se relacionam adotando um ao outro como familiar. As adotivas são decorrentes da adoção legal.

⁶ Constituídas depois do rompimento e desfazimento de relacionamentos antigos. Também chamadas de pluriparentais, onde um ou ambos dos novos integrantes têm filhos de uma relação anterior.

⁷ Famílias constituídas paralelamente à existência de um casamento ou uma união estável.

⁸ Estrutura familiar na qual não há convivência de pessoas que são ou não parentes, não baseada na verticalidade familiar. Exemplo: duas irmãs que convivem sob o mesmo teto durante anos.

Perguntas amplas e com respostas muito subjetivas, ou ainda sem respostas. Para isso, é cabível pensar e repensar a trajetória percorrida e os rumos a serem tomados, buscando encontrar um caminho que possibilite à humanidade prosperar de forma digna e adequada às futuras gerações.

Diante dessa encruzilhada, a família procura fazer bem a sua parte, adaptando-se às transformações da sociedade:

A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procaciobal para essa nova função. Essas linhas e tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonalização do direito (LÔBO, 2009, p. 11-12).

Essa adaptação da família contemporânea à realidade demonstra a amplitude de seu conceito. Conforme Lôbo (2009, p. 13), “A restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da realização da afetividade, é a condução primeira de adequação do direito à realidade. Essa mudança de rumos é inevitável”.

A conceituação da doutrina frisa essa mudança no entendimento do conceito de família:

A entidade familiar, apesar do que muitos dizem, não se mostra em decadência. Ao contrário, é o resultado das transformações sociais. Houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor (DIAS, 2007, p. 34).

Assim, percebe-se que o novo conceito de família está intimamente ligado a toda evolução apresentada. A visualização da entidade familiar não pode ser restritiva, muito pelo contrário, deve abarcar um conhecimento complexo das suas relações e, principalmente, dos valores e princípios que nascem dentro das famílias da sociedade contemporânea.

2.2 Princípios norteadores do direito das famílias

Antes de qualquer coisa, há que se ter um norte, um caminho a seguir. E é esse o intuito do princípio. Os princípios são, para o direito, a chave principal para a descoberta e a criação do mundo jurídico. Para entender a legislação, os costumes

e os acontecimentos na sociedade, precisa-se saber quais os princípios que estão à sua frente. Para Pereira T. (2003, p. 270), “os princípios ordenam algo que deve ser cumprido em sua maior medida possível, consideradas as condições jurídicas e fáticas”.

Conforme Dias (2007), os princípios se distinguem das regras, pois possuem validade universal. Isso significa dizer que eles podem ser usados mais amplamente, enquanto as regras abarcam apenas casos específicos. Por possuírem esse alto grau de generalidade, os princípios podem ser considerados balizadores de todas as regras, pois são eles que dão suporte valorativo na interpretação das normas inferiores.

O que se percebe, segundo Dias (2007), é que os princípios valorizam o diálogo entre as fontes em direito admitidas para a resolução de conflitos. Essa abertura entre as fontes que promovem a construção do direito é fundamental para que, no caso concreto, o ideal de justiça seja alcançado.

Diante disso, pode-se dizer que os princípios não são estáticos:

Como se vê, os princípios não oferecem solução única (tudo ou nada), segundo o modelo das regras. Sua força radica nessa aparente fragilidade, pois, sem mudança ou revogação de normas jurídicas, permitem adaptação do direito à evolução dos valores da sociedade. Com efeito, o mesmo princípio, observando-se o catálogo das decisões nos casos concretos, em cada momento histórico, vai tendo seu conteúdo amoldado, em permanente processo de adaptação e transformação. A estabilidade jurídica não sai comprometida, uma vez que esse processo de adaptação contínua evita a obsolescência tão freqüente das regras jurídicas, ante o advento de novos valores sociais (LÔBO, 2009, p. 36).

Portanto, são os princípios que conduzem a aplicação do direito, para que a finalidade essencial da pacificação social seja realizada. Se eles não existissem, a justiça não precisaria do ser humano como condutor do processo de busca da solução do conflito; seriam necessárias apenas máquinas, que teriam uma resposta exata para cada caso apresentado. Portanto, o estudo e a aplicação do direito estão longe de ser algo exato, não podendo ser simplificados de tal maneira.

Veja-se, pois, os mais importantes princípios norteadores do direito de família:

2.2.1 Princípio da “*ratio*” do matrimônio e da união estável

Segundo Diniz (2004), a base da vida conjugal, no matrimônio e na união estável, é a afeição entre os cônjuges e companheiros. O que se espera é que ambos comunguem da mesma vida e, em comunhão de esforços, conquistem a família planejada por ambos.

Para Lôbo (2009, p. 47), “demarcando seu conceito, é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações sócio-afetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de cunho patrimonial ou biológico”. Por este motivo, Lôbo (2009) nomeia esse princípio como princípio jurídico da afetividade.

Com efeito, a afetividade é o elemento principal no relacionamento entre os familiares. Isso foi entendido pela sociedade e pelos pensadores do direito, adentrando na legislação com força total, sendo que os reflexos da afetividade não permearam apenas a família constituída pelo casamento e pela união estável. Para Dias (2007), fala-se, contemporaneamente, no pluralismo familiar e, por conseguinte, o maior respaldo das outras formas de constituição das entidades familiares está justamente na afetividade entre os seus membros:

A família atual é tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo. A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote [...] (LÔBO, 2009, p. 49).

Evidente, pois, que, independente do modelo familiar escolhido, a afetividade é a base do relacionamento familiar.

Sob outro ângulo, é aceitável a dissolução dessas sociedades quando a “*afectio*” deixar de existir. De fato, ninguém é obrigado a conviver com uma pessoa quando a vida em comum não seja mais viável.

O afeto, que tem sido muito relevante no direito de família, deve ser também garantido pelo Estado:

O Estado impõe a si obrigações para com seus cidadãos. Para isso, elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Isso nada mais é do que compromisso de assegurar o afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado (BIRCHAL *apud* DIAS, 2007, p. 67).

O interesse não é só do cidadão, mas também do Estado, que, como ente maior dos indivíduos, deve dar o respaldo e a segurança necessária ao bem-estar das famílias.

2.2.2 Princípio da igualdade

A igualdade é elemento fundamental no ordenamento jurídico para que o ideal de justiça seja alcançado. Ela faz parte dos princípios constitucionais e é essencial, também, no direito de família. Para Dias (2007, p. 62), “é necessária a igualdade na própria lei, ou seja, não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos”.

O princípio constitucional da igualdade tem por finalidade:

O princípio constitucional da igualdade (*a fortiori* normativo) dirige-se ao legislador, vedando-lhe que edite normas que o contrariem, à administração pública, para que implemente políticas públicas para superação das desigualdades reais existentes entre os gêneros, à administração da justiça, para o impedimento das desigualdades, cujos conflitos provocam sua intervenção, e, enfim, às pessoas para que o observem em seu cotidiano. Sabe-se que os costumes e tradições, transmitidos de geração a geração, sedimentaram condutas de opressão e submissão, no ambiente familiar, mas não podem ser obstáculos à plena realização do direito emancipador (LÔBO, 2009, p. 43).

Exige-se uma releitura da sociedade cada vez que se pensa em igualdade, pois, de fato, a igualdade total entre indivíduos dificilmente é alcançada. Conforme Dias (2007), o que se procura é que, na presença de vazios legais, a igualdade possa ser ponderada para que os indivíduos tenham os seus direitos assegurados de forma justa.

Há, ainda, entendimentos de que a desigualdade é parte formadora da igualdade:

A igualdade e seus consectários não podem apagar ou desconsiderar as diferenças naturais e culturais que há entre as pessoas e entidades. Homem e mulher são diferentes; pais e filhos são diferentes; criança e adulto ou idoso são diferentes; a família matrimonial, a união estável, a família monoparental e as demais entidades familiares são diferentes. Todavia, as diferenças não podem legitimar tratamento jurídico assimétrico ou desigual, no que concernir com a base comum dos direitos e deveres, ou com o núcleo intangível da dignidade de cada membro da família (LÔBO, 2009, p. 44).

Essa forma de pensamento, que faz refletir acerca da desigualdade que há na tentativa de fazer a igualdade é essencial. Há que se ter em mente que o

fundamento da igualdade deve ser construído levando-se em conta a contribuição que cada indivíduo pode dar à sociedade.

Por fim, a igualdade precisa ser um princípio efetivamente aplicado aos direitos e deveres dos cidadãos, que são atores principais da construção de uma sociedade justa e igualitária.

2.2.2.1 Igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros

Conforme Diniz (2004, p. 20), “a CF/1988, no art. 226, §5^o, estabeleceu a igualdade no exercício dos direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal”.

Esse princípio é consequência da decadência do sistema patriarcal como regra nas famílias. Ao mesmo tempo, o destaque feminino no desempenho de outras atividades, que não eram mais apenas os cuidados com o lar, foi uma conquista importante. As transformações no contexto social e a entrada das mulheres no campo profissional deram mais força a elas dentro da sociedade e de suas famílias.

Além da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), o Código Civil de 2002 (CC/2002) trouxe a igualdade entre cônjuges e companheiros respaldadas em seus arts. 1596 a 1629:

Esta é a principal inovação do novo Código Civil: a instituição material da completa paridade dos cônjuges ou conviventes tanto nas relações pessoais como patrimoniais, visto que igualou seus direitos e deveres e também seu exercício na sociedade conjugal e convivencial (DINIZ, 2004, p. 21).

Assim, ao contrário do que acontecia, mulheres passaram a compartilhar de decisões importantes sobre questões familiares.

⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5^o - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

2.2.2.2 Igualdade jurídica de todos os filhos

No atual ordenamento jurídico ficou estabelecido que não se faz qualquer distinção entre os filhos; sejam eles legítimos, naturais ou adotivos. Diniz (2004) assegura ainda que não são permitidas condutas discriminatórias com relação a eles. Nessa seara, percebe-se, novamente, o conjunto de princípios de dignidade, igualdade e liberdade que pairam sobre o direito dos filhos.

Ainda com relação aos filhos, Dias (2007) apresenta a doutrina da proteção integral que devem ter as crianças e os adolescentes. Essa doutrina determina que deva existir uma atenção especial, totalmente voltada para essas pessoas em fase de desenvolvimento. A vulnerabilidade das crianças e adolescentes, até atingirem a maioridade, é que desencadeia essa preocupação. Os pais devem dar total assistência aos seus filhos, sempre podendo contar com a ajuda da sociedade, por meio dos grupos nos quais eles se encontram inseridos, principalmente na escola. Outro fator importante é o respaldo que o Estado pode dar para o total e pleno desenvolvimento dos filhos, afinal são eles a futura geração que estará em seu comando brevemente.

Por fim, na relação entre pais e filhos há que se falar na inversão das funções: quando os pais necessitam da ajuda dos filhos. Para Venosa (2004, p. 398), é um entendimento que a doutrina já construiu há tempo, pois “salvo alguns julgados deslocados, nunca se duvidou de que os filhos devem prover a subsistência dos pais na velhice ou na doença”.

A doutrina da proteção integral dos filhos deve ser estendida ao idoso, pois sua proteção legal está constitucionalizada:

A constituição veda discriminação em razão da idade, bem como assegura especial proteção ao idoso. Atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, bem como garantindo-lhe o direito à vida (CF 230). É determinada a adoção de políticas de amparo aos idosos, devendo ser executados os programas, preferentemente, em seus lares. [...] (DIAS, 2007, p. 66).

Além disso, para Dias (2007, p. 66), a criação do Estatuto do Idoso é muito importante, pois demonstra à sociedade que “os maiores de 65 anos são merecedores de cuidados mais significativos”.

2.2.3 Princípio da consagração do poder familiar

Em substituição ao poder marital e o paterno, para Diniz (2004), o pátrio poder agora é poder familiar, acompanhando a sociedade dos tempos atuais. O poder familiar tem por seus titulares ambos os responsáveis pela família, isto é, homem e mulher. Esse poder deve ser exercido em igualdade de condições, uma vez que o interesse pelo bem-estar da família é de todos os seus membros.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei. 8069/1990) acentua os deveres inerentes ao pátrio poder, e institui punições aos pais que não realizam sua atividade de cuidado da família com o devido zelo, podendo os mesmos perder o poder familiar em decorrência de deslizes reiterados de conduta. Mas, onde se encontra a regra mais ampla sobre o poder familiar é na redação dos artigos do CC/2002¹⁰.

2.2.4 Princípio da liberdade

O princípio da liberdade é um dos direitos humanos fundamentais. Conforme Dias (2007, p. 60), “o papel do direito - que tem como finalidade assegurar a liberdade - é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual”. Portanto, a série de limitações impostas pelas normas jurídicas são maneiras de estabelecer a paz social entre as pessoas, que necessitam de um balizador para saber até onde vão os seus direitos e deveres.

A formação do princípio da liberdade não acontece isoladamente:

¹⁰ Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

A liberdade tem um caráter histórico, porque depende do poder do homem sobre a natureza, a sociedade, e sobre si mesmo em cada momento histórico; o conteúdo da liberdade se amplia com a evolução da humanidade; fortalece-se, à medida que a atividade humana se alarga. Liberdade é conquista constante (SILVA, 2005, p. 232).

Vincula-se, pois, o princípio da liberdade com o tempo histórico no qual ele é aplicado, pois não há como conceber a liberdade fora do contexto da realidade. A troca entre mundo atual e liberdade é que pode moldar seu verdadeiro significado para a contemporaneidade. Conforme Silva (2005), ter liberdade significa, principalmente, não estar coagido a fazer coisas que sejam anormais ou imorais para os indivíduos. A liberdade é o respeito da individualidade de cada ser humano e deste para com a sociedade na qual vive.

A liberdade expressa, ainda, o modo pelo qual cada grupo familiar opta por fazer as suas regras de formação educacional, cultural e religiosa. Nesse aspecto, deve o Estado auxiliar em fornecer meios de acesso às instituições na sociedade, mas não pode negar que cada indivíduo faça a escolha do que achar mais conveniente para sua vida em particular.

Como ressalta Diniz (2004), outro fator importante é a liberdade no planejamento familiar. Atualmente, com as diversas configurações possíveis que a família pode ter, cabe aos interessados projetar como será sua continuidade. Para isso, as possibilidades são muitas, pois os casais podem optar por ter quantos filhos quiserem, não ter filhos, ou então adotar crianças.

Sob outra ótica, a liberdade pode ser entendida pela dissolução das sociedades conjugais ou de companheiros e a posterior formação de outras famílias:

Logo depois da separação, cada um dos genitores forma uma mini família com seu filho, que conformam uma história em comum com regras que conservam da família anterior. Esta estrutura e história fazem com que o começo e o desenvolvimento de uma família reconstituída seja muito diferente que o de uma família biológica; novas núpcias, novos filhos, novas relações, padrastos, madrastas, enteados, enteadas, meio-irmãos (GRISARD FILHO, 2007, p. 85).

É, portanto, o fenômeno da liberdade de escolha de cada indivíduo, que pode reconstituir sua vida e formar nova família, por meio de laços de afeto com outras pessoas.

Nesse contexto, convém salientar, também, que, apesar da legislação ainda não reconhecer absolutamente o direito das uniões homossexuais, na prática essa

forma de constituição de vínculos entre os indivíduos já vem adquirindo um formato familiar. Segundo Figueiras (2003, p. 103), “se os indivíduos têm direito à busca da felicidade, não há sentido em não reconhecer, ou continuar negando, que muitas pessoas apenas se sentem realizadas se ligadas a outras de sexo idêntico”.¹¹

2.2.5 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana está entre os princípios fundamentais do direito brasileiro, pois é considerada cláusula pétrea de nossa CF/1988. Conforme Dias (2007, p. 60), “O direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana”.

A dificuldade maior está em delimitar sua significação. Conforme Maurer (2005), é necessário analisar os diversos aspectos da dignidade e ver por quem ela é interpretada. A dignidade “para si” é o conceito que cada um tira de sua própria dignidade. Sob essa ótica, tem-se uma gama grande de variantes, pois cada indivíduo pensa e sente coisas diferentes, produzindo uma idéia de dignidade bem particular. A dignidade “para nós” pode ser entendida como aquela na qual a sociedade delimita a sua abrangência, uma espécie de consenso social. O que se percebe é que esse consenso não se iguala à dignidade “para si”, nem chega ao *status* de ser a dignidade “em si”.

Mas, afinal, o que é a dignidade “em si”? Para Maurer (2005, p. 74), “ela é a fonte e, ao mesmo tempo, a finalidade da pessoa humana”. As pesquisas sobre a sua conceituação já mostraram que é mais fácil delimitar o que não é dignidade, do que dizer efetivamente o que ela é. Ainda, para Maurer (2005, p. 85), “a história das idéias convida à modéstia. Ela ilustra, com efeito, como é perigoso enclausurar a reflexão sobre a dignidade na busca de uma simples definição”.

Portanto, diz-se que a dignidade é um princípio em constante transformação. Ela é o direito vivo, o direito em movimento, na busca da melhor adaptação das normas ao ser humano atual e de forma que, como um escudo, protege os indivíduos de se submeterem a tratamentos desumanos.

¹¹ Estendendo-se a interpretação do princípio ora analisado, pode-se dizer que é possível sim a união entre pessoas do mesmo sexo, porém, existe a demanda de legislação atualizada acerca do assunto.

Esse princípio encontra no direito de família o solo mais fértil para se desenvolver, pois, desde o nascimento do indivíduo, seus familiares se dedicam a repassar ao mesmo o que aprenderam ao longo de sua vida, em suas experiências. Dias (2007) afirma também que qualidades como a união, a solidariedade, a confiança, o amor, o respeito, etc. desenvolvem-se no seio familiar. É o conjunto dessa troca entre os membros da família que oportunizam o crescimento de cada pessoa como ser humano, e, mais adiante desencadeiam o seu ingresso junto à sociedade, para atuar como membro participante do desenvolvimento das gerações.

A dignidade já foi bastante discutida no passar dos tempos e continua sendo estudada:

[...] O fato é que esta – a dignidade da pessoa humana – continua, talvez mais do que nunca, a ocupar um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, do que dá conta a sua já referida qualificação como valor fundamental da ordem jurídica, para expressivo número de ordens constitucionais, pelo menos para as que nutrem a pretensão de constituírem um Estado democrático de Direito (SARLET, 2004, p. 38).

A relevância desse assunto é tamanha, tanto que a própria doutrina continua cautelosa no momento de conceituar um princípio tão sublime. Sarlet (2004) afirma que a dignidade é algo real, porém que, por seu pluralismo e diversidade nas variadas sociedades que adotam tal princípio, um conceito fixo não pode ser elaborado para servir de parâmetro.

2.3 Proteção legal das famílias no ordenamento jurídico brasileiro

Em 1988, com o advento da CF/1988, atualmente vigente, houve um marco na proteção à instituição da família. Assim, com a ampliação de conceitos, direitos e deveres para a família e seus membros, o legislador deu um grande passo e fez com que a sociedade, como um todo, ganhasse.

Segundo Palma (2001), com base nos arts. 226 a 230 da CF/1988, reconheceu-se a instituição familiar, acompanhando as tendências modernas, sendo que o casamento não é a única maneira legitimada para a formação de uma família. Contemporaneamente, vários tipos de família são possíveis, dentre as quais a natural, a adotiva, a substituta, a monoparental, a homoafetiva, a reconstituída, etc.

De fato, a CF/1988 absorveu essas transformações e inovou quando trouxe em seu texto a proteção familiar largamente analisada. Para Pereira R. (2003, p. 233), “a família no limiar do terceiro milênio é plural e não mais singular”. Porém, ainda existem visões e entendimentos conservadores que resistem à clareza dessas disposições legais.

Para Wald (2002), seguindo a linha de pensamento do art. 226, CF/1988, pode-se constatar que a união estável ganhou grande destaque, pois existe sua aceitação e a norma legal prevê a facilitação da sua conversão em casamento. Rompendo com um sistema mais tradicionalista, agora homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, devendo participar conjuntamente das decisões do seu núcleo familiar. Para os casos em que a sociedade conjugal não dá certo, facilitou-se a sua dissolução, sendo os prazos reduzidos e a burocracia diminuída com o advento de novas legislações específicas.

No tocante aos filhos, Wald (2002) destaca a igualdade de tratamento a todos eles, havidos, ou não, na constância do casamento. Pereira R. (2003, p. 234) afirma que “não há mais filhos legítimos ou ilegítimos. Filho é filho”. Esse fato assevera o entendimento de que os filhos devem ser tratados com equidade, independentemente do modo pelo qual foram concebidos, isto é, por meio de qualquer tipo de núcleo familiar. Importante ressaltar que, se por um lado os filhos têm a proteção da família, por outro, são também responsáveis pelo auxílio à sua família quando atingirem a maioridade e devem amparar seus pais na velhice, carência ou enfermidade.

Além disso, há que se falar ainda que os seres humanos têm o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, elencado no art. 1º, III, da CF/1988, em harmonia com a sua realidade, pois são livres para escolher a espécie de entidade familiar da qual gostariam de participar.

Nesse sentido, a idéia da doutrina esclarece acerca do assunto:

A coexistência, em uma mesma época e lugar, de vários tipos de família permitiu a formulação do princípio da pluralidade familiar, significando o desterro do modelo padrão e a livre possibilidade de adoção de cada indivíduo do modelo que se ajustar à sua convivência e à privacidade de seus membros (GRISARD FILHO, 2007, p. 26).

Em conseqüência, cada qual escolhe o melhor para sua vida; o casamento, antes essencial nas relações entre indivíduos, perde um pouco da sua força:

O enfoque trazido em virtude desses novos preceitos constitucionais tiveram por consequência transformar a interpretação sobre as normas do Direito de Família. Assim, a manutenção do casamento não detinha maior relevo do que a vontade particular de seus integrantes, na medida em que, como visto, a família deve servir como instrumento à realização pessoal dos indivíduos, e não como meio para a realização de interesses do Estado e da sociedade (STOCKINGER, 2003, p. 120).

A união estável passou a ser aceita depois dessas transformações, sendo que, modernamente, o índice de pessoas que optam por essa estrutura familiar é elevado e facilmente perceptível no cotidiano das mesmas. Conforme Lôbo (2009, p. 150), “[...] a união estável adquiriu o *status familiae*, convertendo-se de fato social em fato jurídico, como espécie de entidade familiar, em tudo e por tudo regida pelo direito de família”.

Por outro lado, como já anteriormente mencionado, novas estruturas familiares surgiram e outras lutam para se fortalecerem e atingirem o *status* de serem amparadas pela comunidade e pela lei.

Na esfera infraconstitucional, encontram-se várias leis que tratam do direito de família, normatizando sobre assuntos diferentes, de como deve ser o regimento das relações entre os membros da família e o planejamento familiar. A exemplo, preocupou-se o legislador em proteger os filhos e os fetos, a guarda, os alimentos, a proteção das crianças, adolescentes e idosos; regulou as separações, os divórcios, as uniões estáveis, os casamentos, o poder familiar, dentre outros tantos aspectos que permeiam as relações familiares e também já estão legislados.

Neste contexto, pode-se citar como fundamental o CC/2002. Respeitando as premissas constitucionais, ou ao menos tentando, é nele que se encontra respaldo para as mais diversas situações envolvendo o direito das famílias.

Porém, segundo Dias (2007), toda essa evolução legislativa não está em total sintonia. Como o CC/2002 teve seu projeto original iniciado em 1975, anteriormente à vigência da CF/1988, algumas matérias ficaram, ainda assim, desatualizadas com a entrada em vigor do CC no ano de 2003. A introdução de novos valores pela CF/1988 fez com que o projeto do CC tivesse que sofrer inúmeras modificações durante a sua elaboração. Para Dias (2007, p. 32), “não se pode dizer que é um novo código – é um código antigo com um novo texto. Tenta, sem muito sucesso, aperfeiçoar-se às profundas alterações por que passou a família do século XX”.

De fato, é o que acontece freqüentemente na legislação vigente. A demora para elaboração e aprovação das leis faz com que sua vigência ocorra num tempo que muitas vezes já foi o suficiente para a sociedade modificar seus costumes e pensamentos. A relação entre realidade e norma nem sempre acontece no tempo adequado. Assim, há ainda uma gama de situações que não estão abarcadas pela legislação, trazendo, aos operadores do direito, desafios na interpretação das leis, para que o direito à dignidade de cada um seja protegido.

Finalmente, ainda existem as legislações esparsas, que especificamente tratam de algum assunto vinculado à família, de forma a deixar o nosso ordenamento jurídico mais completo. Para citar como exemplo, a Lei nº 8009/1990 veio ampliar a proteção do bem de família, visando proteger a base familiar e criando até mesmo a impenhorabilidade do bem de família. O ECA, Lei nº 8069/1990, trouxe, em seu conteúdo, a proteção aos menores de idade, crianças e adolescentes, tanto nos aspectos gerais de sua vida, quanto na sua relação com os familiares. Além disso, o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003, foi uma grande conquista para os maiores de 65 anos, que vislumbraram uma série de garantias e direitos para uma velhice mais digna e saudável.

A estrutura flexível de entidade familiar, elencada na Constituição e nas demais legislações aplicáveis ao direito de família, trouxe a vantagem de cada um ser livre para escolher o rumo de sua família. Porém, não trouxe - e nem poderia conseguir tal façanha - a receita da família sem problemas.

2.4 Os conflitos presentes na nova estrutura familiar

A norma, geralmente, anda atrás da sociedade, pois essa é muito ágil e se modifica seguidamente. Às vezes, pretensões dirigidas ao Judiciário não encontram norma aplicável para defesa de seu direito. De forma clara, com relação às leis, comenta Dias (2007, p. 78): “é preciso aplicá-las de modo a encontrar o justo no caso concreto”.

Diante de todos esses avanços e problemas que emergem, as famílias brasileiras compõem uma diversidade muito grande, e é nessa hora, apesar da finalidade básica e essencial da família (que é o afeto entre os seus membros), que também ocorrem conflitos.

Seguidamente, conflitos familiares são objeto de demandas judiciais. Por vezes, a ruptura no núcleo familiar traz alívio para alguns, que realmente tinham interesse em se livrar daquela entidade. Para outros, o sentimento que emerge é a tristeza, a decepção e a angústia:

O escoadouro das desavenças familiares são as varas de família, que superlotam. Os operadores do direito que atuam nessas varas deveriam fazer especialização para ouvir a parte, constatar a veracidade dos fatos e, não conseguindo aparar arestas, reconciliar ou conciliar, desapaixonadamente, sem agressividade, sem macular o caráter e a honra; restringir o odioso e ampliar o favorável, preferindo sempre as soluções mais benignas (DIAS, 2007, p. 79).

O rompimento dos laços de família gera os conflitos:

Revela-se por isto deveras complexo, gerador de uma dinâmica oposicional, que vai além das querelas judiciais, imiscuindo-se em um conturbado mundo de sentimentos e emoções, comprometendo a estrutura psicoafetiva de seus integrantes, envolvendo frustração, abandono, ódio, vingança, medo, insegurança, rejeição familiar e social, fracasso e culpa, que o direito não objetiva e nem valora diretamente. Esta realidade extrajurídica constitui componente essencial do conflito familiar (GRISARD FILHO, 2008, p. 48).

Não é de hoje que conflitos familiares existem. Não é hoje e nem amanhã que haverá um modelo ideal de família na sociedade. Em sendo uma entidade dinâmica, na qual as relações entre indivíduos podem nascer, crescer, se desenvolver, podem também romper, se dilacerar, morrer. Ainda, segundo Dias (2007, p. 81), “os envolvidos nos conflitos de família precisam resolver questões que tramitam muito além dos aspectos legais”.

Para Novaes (2006), o que existe e precisa continuar sendo feito é a reestruturação da convivência humana nas instituições. O desencadeamento de conflitos no âmbito familiar é, por vezes, decorrente de uma convivência desacertada. A complexidade¹² e a dinamicidade do mundo moderno traz saltos na evolução, mas, por outro lado, as famílias nem sempre conseguem acompanhá-los sem conflitos entre seus integrantes.

¹² É oportuno lembrar que o sonho que vislumbrava as teorias científicas como cartas de alforria do pensamento, como estatuto de eternidade, como prontuário de unificação das interpretações e resolução para todos os problemas do planeta, acabou. Em seu lugar, um outro sonho pede passagem, pede assento, quer ser experimentado pelo ser do conhecimento e da cultura que somos nós. Pensar uma ética da cumplicidade, da complexidade e da (com)paixão é deixar-se mover por uma estética do pensamento que abre mão dos limites confortáveis da ciência – reino último da palavra, para lançar-se na errância da criação, outra forma de dizer da condição humana. A obsessão pela predição e controle, que encarcerou as idéias do homem e de mundo em conceitos contaminados pela racionalidade fechada, abre-se hoje a uma nova e bem-vinda obsessão: a compreensão poética das coisas. É preciso repetir e trazer de volta a expressão ‘a arte de pensar’ (ALMEIDA, 1998, p. 19-21).

Essas transformações fazem do indivíduo um ser mais introvertido, que muitas vezes não consegue dialogar no ambiente em que vive. Preocupa-se apenas com seus problemas e deixa o conflito tomar proporções tão grandes que, por fim, não são mais passíveis de resolução amigável. É nesse momento que acontece a procura pelos profissionais especializados na resolução dos conflitos.

A dinamicidade do mundo moderno implica também na mudança de comportamento dos indivíduos:

Quanto aos desdobramentos na família pós-moderna, sujeita a tantas transformações advindas da mudança do pater poder, da independência feminina, da concepção planejada dos filhos, muitas vezes tardia, da multiplicidade de parceiros, estão provocando relações vazias, descartáveis e momentâneas (NOVAES, 2006, p. 216).

Percebe-se que a rapidez das relações não é sinônimo de tranqüilidade. O cotidiano e a necessidade de sobrevivência das pessoas faz com que vínculos rápidos de afeto desencadeiem longos conflitos judiciais ou extrajudiciais. A exemplo disso, é possível mencionar as ações de separação judicial e divórcio, que, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, totalizaram, respectivamente, 91.743 e 152.291 casos no ano de 2007. Há, de certo modo, a falta de responsabilidade dos envolvidos nessas relações, pois não pensam nas conseqüências que podem advir de um relacionamento fugaz.

Pereira R. (2003) assevera que todas essas transformações no direito de família, sua evolução prática e legislativa, trazem ao indivíduo a consciência de que é um sujeito de direitos e deveres dentro desse contexto. As pessoas, desiludidas com seus confrontos familiares, buscam, no poder Judiciário, a solução para seus problemas:

O Judiciário é, também, o lugar onde as partes depositam os restos do amor e têm sempre a esperança de que uma sentença 'milagrosa' venha lhes dar a solução do conflito. Pura ilusão! O desamparo da separação jamais encontrará o seu amparo ali. Primeiro, porque o desamparo do sujeito é estrutural. Somos mesmo sujeitos da falta e algo em nós sempre está faltando. Segundo, porque o Poder Judiciário brasileiro para as demandas familiares está à beira do caos (PEREIRA R., 2003, p. 236).

A realidade, infelizmente, é essa. Pessoas desesperadas na busca de soluções para sua vida esquecem que são sujeitos ativos e podem ser participantes na reconstrução de sua felicidade.

Em novos núcleos familiares, os problemas também aparecem. Segundo Grisard Filho (2007), nas famílias reconstituídas depois da dissolução da anterior, os conflitos também são freqüentes. A constituição de uma nova família - que tem em seus integrantes pessoas que ainda não se conformaram com a ruptura dos laços anteriores, ou pessoas que, por sua rigidez de pensamentos, não aceitam a nova entidade familiar - traz sérios riscos de desencadeamento de conflitos. A diminuição da incidência dos conflitos pode acontecer na medida em que os membros da nova estrutura a aceitem e entendam que terão de fazer concessões mútuas para o bom convívio com os outros integrantes.

Outro fato a ser analisado é a convivência de gerações no mesmo local. Conforme Novaes (2006), esse fato pode provocar reações diversas. De um lado, a existência de idosos, adultos, adolescentes ou crianças, todos em um mesmo ambiente, pode provocar desentendimentos. O choque de idéias de gerações distintas acarreta a discordância entre os elementos do mesmo núcleo familiar.

Ao passo que os mais novos acompanham as tendências do mundo moderno, aqueles mais idosos se deparam com novidades e alterações no modo de agir e pensar que em sua ótica não é aceitável ou, por vezes, não conseguem acompanhar. Nesse sentido, há ruptura entre os familiares, pelo confronto de idéias entre gerações.

Por outro lado, explica Novaes (2006, p. 219) que a presença de várias gerações “favorece o diálogo interativo, a diminuição das tensões e conflitos e a resolução de problemas comuns”. É a experiência que vem à tona. A troca entre as gerações pode ser muito benéfica, pois ameniza as idéias radicais, antigas ou modernas, chegando-se com bom senso ao equilíbrio.

Pelas razões expostas é que cada membro, na defesa de seu interesse em particular, sai à procura de uma solução para o conflito, porém, muitas vezes, não a encontra e continua insistindo no problema. Nos conflitos de família, a mediação se apresenta como meio eficaz para o entendimento dos familiares. Por meio de uma ajuda especializada, mediadores e partes retomam o diálogo e persistem na busca de uma solução que agrade aos envolvidos.

2.5 A ética na intervenção dos litígios envolvendo famílias

A intervenção nos conflitos familiares deve acontecer com muita cautela. Quando o problema vem à tona dentro da família, e, principalmente quando o caso é levado adiante perante terceiros, o cuidado ao ajudar deve ser enorme.

Nesse sentido, a ética na intervenção de problemas familiares é essencial para a resolução do conflito. Segundo Almeida e Christmann (2004), a perspectiva ética traz sempre a visão de um todo, ou seja, é essencialmente baseada nos princípios maiores que regem a sociedade, trazendo uma idéia de universalização daquilo que é básico para ela. O benefício próprio em alguma situação não é ético, e a ética vai se moldando dentro dos erros e acertos que a humanidade comete no passar dos tempos.

Kant *apud* Almeida e Christmann (2004, p. 16) traz uma importante definição da conduta ética quando se pronuncia: “Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal”.

De fato, é atual a idéia de que a ação do indivíduo deve ser com o pensamento voltado para o todo maior, que é a sociedade na qual convive.

Aplicando esses conceitos ao ramo do direito de família, é imprescindível se reportar aos princípios norteadores dela, para que se possa visualizar a maneira de agir eticamente.

Levando essas teorias da ética para a prática, recomenda Dias (2006, p. 60): “qualquer norma, qualquer decisão que chegue a resultado que se divorcie de uma solução de conteúdo ético não subsiste”. Em se tratando de conflitos entre pessoas que têm afeto umas pelas outras, ou por aquelas na qual o afeto sofreu grande abalo em sua estrutura, a questão ética de interferência, e a aplicação da legislação, é elemento muito importante. Por isso, o profissional que intermediar a resolução de conflitos no âmbito familiar deve ser ético e atuar com equidistância, a fim de não tornar o problema ainda maior.

Por conseguinte, falar que ética é diferente de moral é difícil, apesar de terem como objetivo o ordenamento do comportamento social. Almeida e Christmann (2004, p. 16) revelam que “a moral não tem pretensões de universalização, porque ela tem como base o próprio comportamento social, não uma reflexão sobre ele”. É

algo mais local, com relação aos costumes de cada povo em determinada época. A moral pode ter ligação com a religião, os dogmas e crenças de determinado grupo de pessoas.

Existe sim uma diferença de significados conforme Dias (2006). A moral existe em virtude de um pensamento de caráter mais pessoal, resultando naquilo que o indivíduo abstrai dos seus valores e aplica nas suas experiências de vida. Já a ética, por sua vez, é algo que vai mais além, buscando os princípios que norteiam as condutas sociais. Para Dias (2006, p. 59), “a ética é mais ampla que o Direito e tem uma dimensão maior do que a moral, pois uma gama enorme de regras, estabelecidas apenas como deveres, escapam do universo normativo do Direito”.

Bruno (2006) destaca, por sua vez, que a ética tem relação com o pensamento racional. Diferentemente da ética por convicção, a ética pensada de forma racional leva à problematização dos fatos, do direito e da família envolvida, tornando a intervenção do profissional mais acertada. É uma postura ética responsável. Bruno (2006, p. 500) acrescenta: “é esta guia de conduta – a ética da responsabilidade, que pode e deve nortear a prática dos profissionais no contexto jurídico, especialmente dos profissionais que atuam com família em litígio”.

O profissional que intermedeia o conflito deverá seguir a seguinte conduta ética:

A atitude ética, a postura ética, portanto, pressupõem um primeiro momento de afastamento das coisas como elas são; mas um afastamento tal que não implique em uma postura de não-envolvimento, incompatível com a ética da responsabilidade. O distanciamento requerido pela ética da responsabilidade é aquele que possibilita a reflexão racional quanto a todas as possíveis conseqüências da ação: os desejáveis e as indesejáveis; a das convicções dos operadores do direito e as dos litigantes; e, basicamente, que permita considerar e devolver a autonomia a todos os indivíduos e grupos familiares, cujo “desencantamento” se deu não pela ruptura com as concepções mágicas e místicas do mundo, mas pela perda do afeto, da solidariedade, dos vínculos mais íntimos, e de sua possibilidade de argumentação (BRUNO, 2006, p. 506).

Feitas essas colocações, entende-se a necessidade da conduta ética por parte dos profissionais que trabalham junto às famílias nas mais diversas áreas da ciência. No direito, especificamente nos conflitos que surgem no âmbito familiar, essa é uma regra preciosa. “O Direito não pode ser aético, menos ainda antiético”, ressalta Dias (2006 p. 60).

2.6 A transdisciplinaridade e a intervenção em conflitos familiares

A família em crise merece atenção especial. No momento dos conflitos familiares revelam-se diversos sentimentos e aspectos que tumultuam a continuidade de um relacionamento saudável. Para tanto, exige-se, modernamente, a intervenção de vários ramos do conhecimento para ajudar na solução do problema. Ao mesmo tempo, pode-se ir além dos meios tradicionalmente estabelecidos como a via normal para apaziguar a situação e encontrar soluções rápidas, práticas e úteis em meios alternativos de resolução de conflitos.

A divisão das ciências existe para delimitar as áreas de estudo, mas, para entender os problemas complexos, principalmente na seara do direito familiar, sua fragmentação pode trazer riscos à interpretação dos fatos:

Esta divisão tem várias conseqüências, como a possibilidade de aprofundar em áreas de estudo muito específicas e desenvolver métodos muito afinados para investigar fenômenos de outra forma inacessíveis. Por outro lado, dificulta o compartilhamento das descobertas, métodos e conceitos entre áreas diferentes, aliena a maioria das pessoas do acesso aos conhecimentos desenvolvidos, faz com que o desenvolvimento fragmentário do conhecimento possa levar a resultados contraditórios nas diferentes áreas, estabelece, enfim, uma barreira muito difícil de transpor no movimento de busca da síntese que se segue à análise (LAZARTE, 2000, texto digital).

Verifica-se, pois, a relevância da integração das ciências nos conflitos desencadeados nos núcleos familiares, em face dos riscos de uma análise individualizada por parte de uma ciência apenas. A estrutura da família exige, por sua complexidade, o trabalho conjunto de diversos ramos do conhecimento, promovendo a melhor solução para o caso concreto.

Existem várias maneiras de relacionar os diferentes ramos da ciência. As práticas inter (interdisciplinares) são classificadas em multi-¹³, pluri-¹⁴, pluri-auxiliares-¹⁵, inter¹⁶- e trans-¹⁷. “Em síntese, as práticas inter- significam a interação

¹³ Gama de campos de saber que propomos simultaneamente, mas sem fazer aparecer as relações existentes entre eles. Sistema de um só nível e de objetivos únicos; nenhuma cooperação (VASCONCELOS, 2002, p. 112).

¹⁴ Justaposição de diversos campos de saber situados geralmente no mesmo nível hierárquico e agrupadas de modo a fazer aparecer as relações existentes entre elas. Sistema de um só nível e de objetivos múltiplos; cooperação, mas sem coordenação (VASCONCELOS, 2002, p. 112).

¹⁵ Utilização de contribuições de um ou mais campos de saber para o domínio de um deles já existente, que se posiciona como campo receptor e coordenador dos demais; tendência ao imperialismo epistemológico. Sistema de dois níveis; coordenação e objetivos hegemônicos pelo campo de saber encampador (VASCONCELOS, 2002, p. 112).

entre diversas fronteiras de saber”, diz Vasconcelos (2002, p. 111). A necessidade das práticas inter- são característica da evolução das sociedades e da consciência de sua importância para as mesmas:

Portanto, no chamado pós-modernismo, a prática interdisciplinar e transdisciplinar retoma sua importância com uma estratégia fundamental de produção de conhecimento, ao exigir que qualquer perspectiva disciplinar ou teórica deva necessariamente ser contraposta por outras formulações, internas e externas a um determinado campo disciplinar ou paradigmático. (VASCONCELOS, 2002, p. 48).

São, pois, dois campos distintos de fazer a comunicação entre as áreas do saber. A interdisciplinaridade ocorre, para Lazarte (2000), quando equipes de pesquisadores trabalham cada um em sua área e estão dispostos a trocar experiências com as outras realidades estudadas. Segundo Lazarte (2000, texto digital), “é o enfoque disciplinar. [...] O fator de integração é o problema. [...] A pesquisa, a busca de soluções, ainda acontece na parcialidade de cada área”. Por esse motivo, é que, especificamente na área da transdisciplinaridade, encontra-se um avanço mais significativo, que contribui para a integração das ciências de maneira mais ampla.

Para melhor compreensão da diferença, traz-se um conceito da transdisciplinaridade:

Uma das formas de interpretar a transdisciplinaridade é como uma aproximação ao conhecimento que transcende as disciplinas. Não é pré-disciplinar, isto é, não se propõe a volta a um estágio ‘primitivo’ do conhecimento, mas a uma visão integrativa que reconhece características específicas do fenômeno que interagem entre si. Outra forma de interpretá-la é como um corte transversal das disciplinas, em que todas são vistas desde dentro, mas integradas organicamente (LAZARTE, 2000, texto digital).

Esse enfoque transdisciplinar possibilita a maior interação do sujeito envolvido no estudo. Transcendendo a ciência em si mesma, é fundamental pesquisar também

¹⁶ Práticas de interação participativa que inclui a construção e pactuação de uma axiomática comum a um grupo de campos de saber conexos, definida no nível hierarquicamente superior, introduzindo a noção de finalidade maior que redefine os elementos internos dos campos originais. Sistema de dois níveis de objetivos múltiplos; coordenação procedendo do nível superior; tendência à horizontalização das relações de poder (VASCONCELOS, 2002, p. 112).

¹⁷ Campos de interação de médio e longo prazo que pactuam uma coordenação de todos os campos de saberes individuais e inter- de um campo mais amplo, sobre a base de uma axiomática geral compartilhada; tendência à estabilização e criação de campo de saber com autonomia teórica e operativa própria. Sistema de níveis de objetivos múltiplos; coordenação com vistas a uma finalidade comum dos sistemas; tendência a horizontalização das relações de poder (VASCONCELOS, 2002, p. 112).

a interação do ser envolvido com os diferentes aspectos abordados. Conforme Lazarte (2000, texto digital): “Assim como na resposta interdisciplinar, o fator aglutinador é o problema, na resposta transdisciplinar, o fator integrador é o ser humano”.

Outra questão relevante é a idéia do multidimensional, que está em evidência junto à transdisciplinaridade:

A sociedade comporta dimensões histórica, econômica, sociológica, religiosa [...] O conhecimento pertinente deve reconhecer esse caráter multidimensional e nele inserir estes dados: não apenas não se poderia isolar uma parte do todo, mas as partes umas das outras [...] (MORIN, 2001, p. 38).

Como se verifica acima, atualmente é imprescindível que a análise do caso seja feita sob diversas perspectivas, ou seja, por meio de um estudo complexo, composto pelos ramos da ciência que se relacionam ao acontecimento em concreto. Assim, é possível chegar a um resultado mais satisfatório para as partes envolvidas.

Nesse sentido, a reflexão sobre modelos e padrões estabelecidos pela sociedade precisa ser feita pelos cientistas e pelo senso comum. A evolução, demonstrada anteriormente no direito de família, escancara a necessidade de uma intervenção de mais de um ramo da ciência para o auxílio às famílias.

Avançando na perspectiva da integração, Morin (2001) afirma que os Estados têm papel importante nessa troca de experiências. Eles podem abandonar sua idéia de supremacia absoluta e engajar-se na busca por um futuro melhor para a humanidade. Todas as culturas têm algo a acrescentar, e a circulação em meios diferentes dos estabelecidos pelas nossas raízes são ferramentas preciosas para o aperfeiçoamento da ciência. Ser trans- é ir além do esperado, é procurar alternativas viáveis, perspectivas novas, antigas ou que estejam esquecidas. Assim, para Morin (2001, p. 105), “indivíduo/sociedade/espécie não são apenas inseparáveis, mas co-produtores um do outro”.

Uma tentativa frustrada, segundo Vasconcelos (2002), é continuar acreditando que a homogeneização das ciências é alternativa viável. Uma análise histórica pode mostrar que essas tentativas apenas significaram estratégias de redução da complexidade dos fenômenos; estratégias para minimizar as forças de algumas ciências em detrimento de outras; estratégias para criar uma instituição total, isto é, uma só autoridade para as regras do conhecimento; estratégias para

criação de um saber onipotente, que se sobressai aos demais indivíduos, que restam impotentes diante do poder centralizado.

A falta de mentes preparadas para interpretação e compreensão desses novos desafios de interligar as ciências é outro entrave:

A compreensão é ao mesmo tempo meio e fim da comunicação humana. O planeta necessita, em todos os sentidos, de compreensões mútuas. Dada a importância da educação para a compreensão, em todos os níveis educativos e em todas as idades, o desenvolvimento da compreensão necessita da reforma planetária das mentalidades; esta deve ser a tarefa da educação do futuro (MORIN, 2001, p. 104).

Com essa crítica à educação e ao nível de conhecimento em geral, Morin (2001) demonstra a necessidade de que estudantes sejam orientados e ensinados a ter um conhecimento global. Diante de um mundo totalmente interligado, faz-se necessário estar atento aos acontecimentos do planeta, com o objetivo de entender o campo do conhecimento no qual se atua e construir pontes entre esse e os outros ramos da ciência, com a finalidade de chegar ao melhor resultado possível.

Sob outra ótica, o uso transdisciplinar da ciência pode atuar como uma prova real, ou seja, alguma das ciências usadas pode estar baseada em erro:

O desenvolvimento do conhecimento científico é poderoso meio de detecção dos erros e de luta contra ilusões. Entretanto, os paradigmas que controlam a ciência podem desenvolver ilusões, e nenhuma teoria científica está imune para sempre contra o erro. Além disso, o conhecimento científico não pode tratar sozinho dos problemas epistemológicos, filosóficos e éticos (MORIN, 2001, p. 21).

Assim, a utilização de uma ciência estará respaldada por alguma outra ciência quando se usa a prática inter-. A junção de vários ramos do conhecimento cria mais segurança na efetivação de medidas cabíveis ao problema em estudo.

Diante dessas evidências, mais uma vez percebe-se a real importância da transdisciplinaridade. Essa nova maneira de relacionamento entre os campos de saber também exige alguns princípios que devem ser observados para sua aplicação correta. Dentre os principais, ressalta Vasconcelos (2002): o princípio da gestão da prática interdisciplinar e interparadigmática, que sugere a reflexão contínua por meio da aprendizagem; o princípio da formação das redes horizontais de colaboração, pelo qual os estudiosos devem interagir e trocar experiências, fazer trabalhos em equipe e atuar em grupos de pesquisa; o princípio da necessidade de novos desenhos institucionais, pelo qual tem-se que os estudantes e os cientistas

formados devem, constantemente, estar em atualização e reflexão acerca das instituições vigentes em nossa sociedade, se ainda são úteis e viáveis para estarem funcionando; e, por fim, os profissionais devem se capacitar em mais de uma área de conhecimento, almejando uma visão mais ampla e aberta a novos paradigmas.

Acerca da institucionalização de diversos institutos na sociedade, sabe-se que acaba por gerar uma realidade ameaçada por estancar no tempo, ou seja, algumas instituições estão engessadas como modelos a serem seguidos e se perpetuam com o passar dos anos, não evoluindo com a mesma rapidez de seu entorno. Por isso, um dos princípios ensina que o questionamento sobre a maneira de como está sendo conduzida a sociedade é substancial para que se encontrem outras formas de atuar junto a ela.

Já afirmava Morin (2001, p. 32) que “necessitamos civilizar nossas teorias, ou seja, desenvolver nova geração de teorias abertas, racionais, críticas, reflexivas, autocríticas, aptas a se auto-reformar”. Os meios alternativos na solução de controvérsias são uma brecha encontrada pelos cientistas jurídicos para a resolução de conflitos de forma mais rápida e que satisfaça os envolvidos. É um pensar diferenciado e inovador. Nada obsta que, com um estudo aprofundado sobre a viabilidade do meio, esse seja colocado em prática para a solução de problemas.

3 MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Imprescindível a delimitação dos meios de resolução de conflitos para se entender as formas de acesso à justiça, especialmente em se tratando de Direito de Família. No direito brasileiro, tem-se a possibilidade dos institutos de negociação, conciliação, mediação e arbitragem como referenciais para a pacificação de conflitos. A distinção entre eles e sua conceituação permitirá identificá-los e aprofundar o estudo sobre a mediação, o que será feito no capítulo seguinte. A isso, será acrescentado, também, o estudo do método judicial, como forma de resolução da lide, quando nenhum dos meios anteriormente citados surtir com o efeito desejado.

3.1 Acesso à justiça

Dentro da perspectiva transdisciplinar e do pensamento complexo, a temática do acesso à justiça também deve ser atingida por esse tipo de conhecimento. Quando se pensa no acesso à justiça, algo amplo deve aparecer na mente dos indivíduos, e não apenas a visão do sistema tradicional, ou seja, a jurisdição atrelada ao Estado.

O conceito de justiça e a busca por ela necessitam de uma interligação com a história do passado e do presente:

O justo se desvela no decorrer das lutas de libertação na história. A justiça não é *a priori* a partir do qual moldamos nossas existências. O justo é um saber que se vai constituindo na medida em que nossa consciência da história se aguça. Mas não basta a consciência da história, pois procurar a justiça é uma atitude ética – é uma escolha. Não podemos cair numa visão

automática da história, onde nossa simples posição em dado estrato social nos leva necessariamente a pensar de certa forma, a valorizar em certa medida. Se aceitássemos essa visão, bastaria ficarmos quietos esperando que a história se fizesse de acordo com seus mecanismos. Mas o real é outro. A justiça está se fazendo pela organização popular, pelo aguçamento dos conflitos. E cada um de nós vislumbra o norte da justiça, por via da busca de uma visão coerente da história, aliada a uma prática e uma análise rigorosa das circunstâncias presentemente vividas (AGUIAR, 1987, p. 122).

De fato, o que se percebe é que a conceituação de justiça é algo amplo e subjetivo, pois existem elementos como ética, moral, sociedade e tempo histórico envolvidos em sua significação. Para que esses aspectos sejam entendidos, o pensamento complexo ajuda a desvendar suas facetas e chegar o mais próximo da justiça. Outra aliada para a aproximação entre realidade e justiça é a pesquisa transdisciplinar, que possibilita a interação dos sujeitos envolvidos da sociedade e dos diversos ramos da ciência, para que se encontre o ideal de justiça perseguido em determinada época.

Conforme Aguiar (1987), entender a justiça está intimamente ligado à compreensão da sociedade e de suas atitudes. Por isso, a justiça não é neutra, e sim comprometida com os alicerces fundamentados pela coletividade, que escolhe os princípios que regerão a sociedade em determinado tempo histórico.

Por conseguinte, sabe-se que o conceito de justiça não é estático. Nesse sentido, Aguiar (1987) traz uma metáfora interessante quando diz que a justiça é como uma bailarina e a compara entre o que por vezes ela é efetivamente e o que deveria ser:

A justiça sobrevive a todos os ritmos e a todos os pares, porque ela se pensa acima de todos eles, acima de todos os ritmos e pares, como se pairasse em um lugar onde os choques e os conflitos não existissem. [...] E a justiça, julgando-se eterna e equilibrada, não sabe, mas envelhece, esvazia-se, torna-se objeto de chacotas e aqueles que foram por tanto tempo preteridos e nunca tiveram em suas mãos essa mulher, começam a pensar que não é a única fêmea distante e equilibrada que desejam, mas uma mulher apaixonada e comprometida que dance no baile social os novos ritmos da esperança e do comprometimento. [...] Essa bailarina que emerge não será diáfana e distante, não será de todos e de ninguém, não se porá acima dos circunstantes, mas entrará na dança de mãos dadas com os que não podem dançar e, amante da maioria, tomará o baile na luta e na invasão, pois essa justiça é irmã da esperança e filha da contestação (AGUIAR, 1987, p. 13-14).

As circunstâncias, infelizmente, evidenciam que essa disparidade existe. Não há como dizer que só a justiça como ela deveria ser exista, pois aquela justiça que

para acima de todos, sem de fato alcançar-se à sociedade também existe. E, nessas idas e vindas do ser e dever-ser da justiça, espera-se que, contemporaneamente, a sociedade entenda que a justiça ligada às lutas sociais deve prevalecer para que o reequilíbrio entre os indivíduos torne-se cada vez mais realidade.

A justiça traduz-se em uma virtude moral, de dar ao indivíduo o que lhe compete. Para Kelsen (1998), em sua visão particular, a justiça manifesta-se pela liberdade, paz, democracia e pela tolerância nas relações sociais. Contudo, o que torna a justiça algo indefinível é o ser humano, pois ela está vinculada a ele. Por não ter assimilado, ainda, o paradigma da complexidade, a delimitação do conceito de justiça é difícil de ser feita. Já dizia Kelsen (1998, p. 25) “[...] não sei e não posso dizer o que significa justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade”.

Para Kelsen (1998), a justiça é um conceito relativo, que cada indivíduo faz conforme sua concepção e seus princípios de vida. Dentro da sociedade, a justiça deve ser realizada pela aplicação do ordenamento jurídico, muito embora nem sempre ele satisfaça a pessoa em sua individualidade, pois ela é detentora de anseios particulares e tem esperança de ver o seu conceito de justiça concretizado. Segundo Kelsen (1998), Platão explicava a justiça como a felicidade garantida no âmbito social, que por sinal defronta-se com o problema de que a felicidade é um sentimento subjetivo das pessoas.

Vive-se numa era em que o conflito é muito presente e, por isso, toda essa discussão acerca do que é efetivamente a justiça traz à tona também o problema do acesso à justiça. A idéia de que a justiça seja feita para o indivíduo possuidor de um problema a ser resolvido pode acontecer por meio do diálogo entre as partes. Nem sempre a melhor solução para o conflito vem do Estado-juiz:

Abrem-se os olhos agora, todavia, para todas essas modalidades de soluções não-jurisdicionais dos conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo [...] (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2008, p. 31-32).

Essa é a reflexão contemporânea que precisa ser feita. A viabilidade de utilização de alternativas diferenciadas para que o acesso à justiça seja feito de forma mais abrangente é uma nova realidade a ser explorada.

Segundo Okogbule (2005, texto digital), “o acesso à justiça não se limita aos mecanismos processuais para a resolução de contendas, mas inclui outras variáveis”. Nesse sentido, propõe que uma série de fatores são chaves de sucesso para que a pacificação ocorra de maneira ideal aos envolvidos. Pode-se destacar a qualidade dos serviços prestados, a competência e o grau de comprometimento dos profissionais atuantes, os recursos disponibilizados para a solução do problema, o bom ambiente do local onde as pessoas são atendidas. Conforme Okogbule (2005, texto digital), “Percebe-se, pois, que acesso à justiça é um conceito abrangente, que inclui a natureza, os mecanismos e até mesmo a qualidade da justiça que se pode obter em determinada sociedade”.

Para Cappelletti (1988), conceituar o acesso à justiça é tarefa complicada. Sabe-se que tem relação com o sistema pelo qual os indivíduos, que possuem direitos e deveres, querem reivindicá-lo. Num modelo ideal, esse sistema de justiça deve ser algo acessível a todos os cidadãos, para que possam fazer uso e por meio dele dirimir o seu problema.

O acesso efetivo à justiça é a porta de entrada para que o direito, até então abstrato, disponibilize a solução para o caso concreto. No mesmo sentido, corrobora Okogbule (2005, texto digital) “sem acesso à justiça, é impossível gozar de qualquer outro direito – seja ele civil, político ou econômico – ou assegurar sua realização”.

Sob outra ótica, as críticas ao sistema tradicional aparecem sob as mais variadas formas. O que desacredita os meios e os resultados daí advindos é a excessiva burocratização dos processos e a falta de flexibilidade no decorrer deles:

Como explicar a alguém sem formação jurídica e razoavelmente inteligente que nós construímos e desenvolvemos um instrumento destinado a alcançar determinado fim mas, em compensação a esse esforço, exigimos que só possa ser aceito o resultado obtido se observada a técnica que concebemos? Repudiamos toda e qualquer solução, ainda que substancialmente correta, se proveniente de um instrumento que se verifique alguma falha técnica, ainda que ela não comprometa a idoneidade do fim (BEDAQUE *apud* SAMPAIO, 2008, p. 139).

Como resposta a isso, a própria sociedade está se encarregando de criar alternativas para que o acesso à justiça seja ampliado. O uso do bom-senso e a

atuação dos meios extrajudiciais como sistema complementar pode ser o início de uma melhora no acesso à justiça:

Se os juízes devem desempenhar sua função tradicional, aplicando, moldando e adequando leis complicadas a situações diversas, com resultados justos, parece que advogados altamente habilitados e procedimentos altamente estruturados continuarão a ser essenciais. Por outro lado, torna-se necessário um sistema de solução de litígios mais ou menos paralelo, como complemento. [...] (CAPPELLETTI, 1988, p. 81).

De fato, o acesso à justiça precisa ser melhorado, dando maior segurança aos indivíduos, que, freqüentemente, se defrontam com situações nas quais necessitam de ajuda para chegar a uma solução. A sociedade ainda precisa evoluir nesse aspecto: não esquecendo das premissas básicas, para que a justiça seja realizada, ela deve ser conjugada com os princípios do direito.

3.2 A negociação

A negociação é algo natural entre seres humanos. Diariamente, as pessoas negociam umas com as outras, sobre os mais diversos aspectos de sua vida: na escola, nas finanças, na família, no grupo de amigos.

Ao longo da evolução da humanidade, a arte de negociar sempre esteve presente. Segundo Ferreira (2008), a negociação pode ser vista como fator de sobrevivência nos tempos mais primitivos. As populações, desde tempos remotos, necessitavam que todos tivessem funções a desempenhar e objetivos a alcançar conjuntamente, em benefício de todos, e não apenas de algum indivíduo em particular. Para isso, usavam a negociação, como forma de decidir quais as tarefas seriam desempenhadas pelos membros individualmente, de forma a otimizar os resultados daquele grupo. Com o passar do tempo, a negociação evoluiu e permeou a sociedade atual:

O surgimento da capacidade de negociar, mesmo de maneira elementar, permitiu que os ancestrais do homem moderno formassem organizações sociais mais complexas, admittissem a incorporação de comportamentos inovadores, planejamento de longo prazo e troca de informações e idéias, além de matéria-prima. São essas competências e impulsos básicos que compõem a base evolutiva da negociação moderna (FERREIRA, 2008, p. 19).

A base, portanto, nasce nas sociedades antigas, das quais tiramos as primeiras noções acerca do negociar. Ferreira (2008, p. 20) ressalta que “todas as

pessoas têm as potencialidades inatas para negociar, devendo, no entanto, compreender os seus princípios e aperfeiçoar as técnicas de interação social e de superação de conflitos”. Porém, a modernidade e as constantes modificações pelas quais passa o mundo atual exigem dos negociadores de nossos tempos muito mais habilidades.

Mas, por que negociar? Para responder a esse questionamento é preciso ter em mente que:

Considerando seu estado atual, o indivíduo percebe que sua valoração difere da valoração de outros sobre os mesmos elementos que compõem sua garantia de sobrevivência e seu estado de satisfação. Alguns desses elementos têm valor maior na composição de sua satisfação do que na composição da satisfação de outros indivíduos. Mais interessante ainda é que, para alguns outros indivíduos, tais elementos não são tão importantes assim. Surgem, desse modo, oportunidades de trocas que, se efetuadas inteligentemente, proporcionarão uma modificação no estado de satisfação de ambos se eles se dispuserem a interagir e buscar uma composição de interesses que garanta a sobrevivência, aumentando a satisfação, ou seja, maximizando o prazer (CARVALHAL *et al.*, 2006. p. 129).

Com a análise dos indivíduos que estão em busca dos sentimentos de satisfação e prazer, intrínsecos ao ser humano, vê-se a aplicabilidade da negociação em diversos tipos de conflitos. No direito de família, não poderia ser diferente, sendo a negociação usada como alternativa para o encontro de soluções nos transtornos familiares.

Importante fazer uma delimitação entre negociação e conciliação. Na conciliação, teremos a presença de um terceiro, chamado conciliador, para ajudar na resolução do caso. Esse acompanha as negociações e sugere soluções para as partes, enquanto que, na negociação, quem decide tudo e faz o acordo são os próprios envolvidos.

Já, na mediação, o que ocorre é que também há a existência de um terceiro, chamado mediador. O mediador, por sua vez, acompanha as negociações entre as partes e viabiliza a chegada ao acordo, que é construído pelas partes. Diferente da negociação, aqui existe o terceiro que supervisiona e realiza o intercâmbio entre os envolvidos, sem ser aquele que decide.

Assim, tem-se que a negociação é uma etapa dentro dos outros meios de resolução de conflitos, sendo que é imprescindível negociar para se chegar à solução do problema.

A negociação pode ser bastante útil na medida em que as partes envolvidas tiverem a consciência dos benefícios que podem proporcionar a si mesmas. Sales (2003) entende que, na negociação, as partes devem chegar à resolução de seu problema por meio da autocomposição. Como não há terceiro envolvido no procedimento, apenas os reais interessados, esses podem conversar e dialogar, discutir o conflito e chegar a alguma decisão em comum.

Para Carvalhal *et al.* (2006), nas negociações, os indivíduos envolvem-se em trocas, concessões e barganhas, podendo criar oportunidades de melhorar seu relacionamento. Assim, é perceptível que a arte de negociar pode ir além do esperado. Na troca de idéias e ao fazer alguma concessão, a parte pode sair satisfeita e fortalecer o relacionamento com a outra parte. Para as situações atinentes à família, esse é um ponto fundamental, pois a negociação deve sempre objetivar ajudar o enfrentamento e a superação da crise, e, por meio dessa técnica, chegar ao acordo que seja satisfatório para os envolvidos.

De acordo com Mourão e Silva (2008), na negociação é muito importante manter o foco no problema a ser resolvido e não partir para discussões que possam afetar o íntimo dos indivíduos. Por mais que seja uma tarefa árdua, as partes que negociam precisam se dar conta de que o enfoque a ser dado é na pendência que existe entre os mesmos. Os ataques pessoais podem levar à perda do controle da situação, e, por conseqüência, a continuidade da negociação fica prejudicada.

Por esses motivos, a doutrina aceita, incontestavelmente, que a negociação seja feita pelas partes juntamente de seus advogados. Estamos, pois, diante de dois tipos de negociação: aquela que ocorre simplesmente entre as partes e aquela supervisionada pelos advogados das partes. Para Mourão e Silva (2008, p. 13), “a defesa dos interesses do cliente não se faz exclusivamente em juízo”. Como forma de evitar demandas judiciais demoradas, a negociação entre os conflitantes, representados por seus advogados, é uma realidade possível. Acrescenta dizendo que “o procedimento de negociação não deve ser temido e sim domado” (MOURÃO; SILVA, 2008, p. 15). Assim, é preciso, também, uma abertura por parte dos profissionais de direito, para que olhem a negociação como ferramenta de seu trabalho, que é ao mesmo tempo uma ótima oportunidade de satisfazer os interesses do seu cliente.

Em uma abordagem bastante ampla, várias características da negociação são apresentadas por Carvalho *et al.* (2006), tendo como aspectos principais: a comunicação, que é a conversa entre as partes, com o objetivo de encontrar pontos convergentes e divergentes na situação em comum que pretende resolver; disponibilidade de informação, como saber qual é o seu real interesse no caso, conhecer os interesses da outra parte, além de conhecer seus direitos e deveres impostos pela legislação vigente; intercâmbio de idéias, por meio do diálogo, que possibilita o encontro de outras possibilidades de resolver o conflito, ou que pela troca de experiências, na qual uma parte mostre à outra que o caso pode ser resolvido de forma diversa; interesses compartilhados, que são a base para o esperado acordo. Essas propriedades da negociação são essenciais para que os resultados aconteçam de maneira esperada para os envolvidos.

Elencadas as características essenciais da negociação, passa-se às etapas que devem ser realizadas para uma negociação obter êxito. Mourão e Silva (2008) identificam a preparação como o primeiro passo. As partes necessitam organizar suas idéias e se prepararem para a hora da negociação frente a frente com o outro interessado. Em seguida, a criação de possibilidades de acordo e a posterior negociação acerca dos detalhes a serem acertados. A negociação é, para Mourão e Silva (2008, p. 85), “momento em que as partes tentam garantir a satisfação de seus próprios interesses, com as conhecidas idas e vindas de propostas de ambos os lados, tendo em vista o objetivo de estabelecer trocas que resultem na obtenção do que se quer”.

Segundo Mourão e Silva (2008), o acordo é idealizado a partir de um compromisso entre as partes, que pode ser a declaração oral ou escrita sobre os direitos e deveres que incumbem aos envolvidos. Para que se tenha maior exigibilidade do que foi pactuado, Mourão e Silva (2008, p. 75) reiteram que é importante “materializar o acerto concretizado por meio de instrumento legal eficiente, oponível às partes”. Para Carvalho *et al.* (2006), normalmente isso se dará por meio de um contrato celebrado entre as partes, que futuramente poderão levá-lo a juízo para homologação.

Nesse contexto, as partes que usam o método da negociação também necessitam ter a consciência de que o relacionamento entre eles deve ser bom. Conforme Fisher, Patton e Ury (2005, p. 38) “a maioria das negociações ocorre no

contexto de um relacionamento contínuo em que é importante conduzir cada negociação de maneira a que ajude, e não prejudique as relações futuras e as futuras negociações”.

Existe uma questão a ser enfrentada pelos envolvidos: o receio de negociar. É preciso entender o caráter cotidiano e fundamental de tal tarefa:

Quando falamos de negociações, temos a tendência de colocá-las em eventos complexos dos quais participam personalidades de relevo do mundo dos negócios, do meio político e das esferas diplomáticas. É claro que as grandes negociações são muito importantes e ricas em exemplos, servindo como ilustração para a análise e o aprendizado, mas a maioria das negociações que fazem parte do nosso cotidiano ocorre em contextos das nossas relações e sua complexidade manifesta-se correlacionada com os níveis de complexidade e responsabilidade de nossas atribuições. Seus riscos são maiores quando envolvem nossos patrimônios e expectativas materiais. A sua carga emocional é ampliada quando envolvem pessoas de nossas relações e com as quais convivemos e afetam os sentimentos mais valorizados. (CARVALHAL *et al.*, 2006, p. 160).

Negociar no âmbito familiar é tarefa difícil, mas, ao mesmo tempo, também é fundamental. Sua prática cotidiana auxilia a família a se desenvolver de forma harmoniosa, pois, com as trocas entre os membros, o ganho para todos é o resultado que acontece. Por outro lado, a família em conflito também pode usar a negociação para resolver os seus dilemas, como forma de amenizar a burocracia perante tribunais e agilizar o retorno da paz entre os seus membros. Por lidar com a questão do afeto entre os familiares, a negociação pode ser mais complexa, mas será uma opção saudável.

3.3 A conciliação

A conciliação, como meio alternativo de resolução de conflitos, tem suas próprias características. Há duas formas de conciliação que podem ser realizadas: extrajudicialmente (extraprocessual) ou judicialmente (dentro do processo).

Segundo Cintra, Dinamarco e Grinover (2008, p. 34), “a conciliação pode ser extraprocessual. [...] O conciliador procura obter uma transação entre as partes (mútuas concessões), ou a submissão de um à pretensão do outro, [...] ou a desistência da pretensão [...]”. Por meio desse tipo de conciliação, as partes se submetem a um conciliador, que é o profissional que ajudará na resolução do conflito.

Conforme Silva (2008), a administração do conflito deve ser gerida por um terceiro. O conciliador, por sua vez, tem o poder de sugerir um acordo, após ter feito a análise das vantagens e desvantagens que sofreriam as partes em conflito. Ainda, tem a função de se manter neutro e imparcial, porém, com poder de tentar conciliar os envolvidos a todo momento.

A figura do conciliador tem papel fundamental no decorrer da conciliação. Segundo Macedo Jr. e Andrade (2002), algumas técnicas e deveres são essenciais em sua atuação. Primeiramente, fala-se da oralidade, pela qual todo o procedimento será feito oralmente, ou seja, será falado. Evita-se, assim, a burocratização da conciliação, sendo escritas somente as partes essenciais do processo de negociação, o termo final da conciliação, e, se houver, o acordo. Seguindo nessa linha, a informalidade também permeia o procedimento. Essa característica cabe com relação ao local onde a conciliação será feita e visa deixar as partes à vontade para falar. Além disso, o conciliador não deve se impor como se fosse um juiz para a causa:

O conciliador deve atuar de forma informal, sem contudo perder a posição de presidente da audiência. Tratar as partes com cortesia, com dignidade e igualdade, de forma que esses se sintam à vontade para proporem soluções, tudo visando ao acordo almejado, sem com isso deixar que os ânimos se acirrem e dificultem a conversação (MACEDO JR.; ANDRADE, 2002, p. 36).

Em continuidade às atribuições do conciliador, esse deve conduzir o procedimento de conciliação com celeridade. Macedo Jr. e Andrade (2002, p. 37) explicam que “a rapidez é de suma importância para uma justiça eficaz”. Ou seja, existe uma relação entre tempo e solução do conflito. À medida que a resposta de como proceder é recebida rapidamente pela parte que a aguarda, a disparidade entre resposta dada e o fato gerador do conflito serão pequenos, ou seja, a resposta ainda será útil para contornar o problema. Tudo isto não quer dizer que as audiências devam ser rápidas, mas que o agendamento delas e o acordo final devam acontecer em curto espaço de tempo. Para Macedo Jr. e Andrade (2002) todo esse planejamento acaba por gerar, ainda, a economia processual, outro foco da conciliação: fazer com que as partes gastem o mínimo possível para resolver seu problema.

Para Cintra, Dinamarco e Grinover (2008), a conciliação extraprocessual já é tradicional no Brasil. Ela acontece por meio de Juizados Informais de Conciliação e pelos Conselhos de Conciliação e Arbitramento, criados para a solução de conflitos.

No Brasil, segundo Sales (2003, p. 38), “a conciliação é normalmente exercida por força de lei e obrigatoriamente por servidor público, que se adjudica do poder e autoridade conferidos legalmente ao seu cargo para facilitar a resolução do litígio”. Para Cappelletti (1988, p. 84) “a conciliação pode ser requerida por uma das partes, ou um juiz pode remeter um caso judicial à conciliação”.

A conciliação judicial está respaldada nos arts. 447 a 449 do Código de Processo Civil (CPC).¹⁸ Conforme Ribeiro e Ribeiro (2005, p. 439), “a finalidade da tentativa de conciliação, portanto, é dar oportunidade ao juiz, na audiência, antes da instrução da causa, de solucionar o litígio com maior celeridade e sem maiores dispêndios de natureza processual”.

Com efeito, a conciliação judicial é tarefa do juiz de direito. Sabe-se que o próprio CPC trouxe, em seu art. 125, inc. IV¹⁹, esse dever relacionado ao magistrado. Para Ribeiro e Ribeiro (2005), a intervenção do juiz é fundamental no momento da conciliação, que deverá confirmar com as partes suas reais intenções de conciliar e, ao final, homologar por sentença o que foi pactuado.

Segundo Cappelletti (1988, p. 87), “A conciliação é extremamente útil para muitos tipos de demandas e partes, especialmente quando consideramos a importância de restaurar relacionamentos prolongados, em vez de simplesmente julgar as partes vencedoras e vencidas”. Nesse ponto, uma única ressalva deve ser feita, com relação aos direitos indisponíveis das partes. Segundo Ribeiro e Ribeiro (2005, p. 440), “existem direitos aos quais as partes não podem renunciar, como o direito a alimentos, à liberdade, à vida, que não podem, por si mesmo, ser objeto de conciliação. São os chamados direitos indisponíveis”.

¹⁸ Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.

Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

¹⁹ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Em função dessa restrição, algumas atividades jurisdicionais não são realizadas pela conciliação. Mas, segundo Ribeiro e Ribeiro (2005), a fixação de alimentos, questões de guarda e direito de visita podem ser conciliados, conforme o parágrafo único do art. 447, CPC.

Percebe-se que esse tipo de comportamento, de incentivar a conciliação das partes, está cada vez mais presente na legislação. Ribeiro e Ribeiro (2005) afirmam que o instituto não é novo. Apesar do CC de 1939 não abarcar esse mecanismo de solução de controvérsias, a legislação anterior referente ao desquite (hoje separação judicial) já previa a conciliação, assim como nas ações de alimentos e nas indenizações de acidentes de trabalho. Com referência a essa legislação de 1939, Ribeiro e Ribeiro (2005, p. 439) ainda acrescentam: “Contudo, embora silente o Código, sempre conclamávamos as partes, antes do início da instrução, nas audiências, a comporem-se, tendo, na maior parte das vezes, obtido êxito, encerrando o litígio”. Desse modo, percebe-se que a prática da conciliação já é algo normal dentro do processo judicial.

Por fim, toda a conciliação tem como objetivo promover o acordo, o entendimento entre as partes conflitantes, e, além disso, por meio da cultura de conciliar é que se pode difundir a idéia de mudar o comportamento da sociedade e dos operadores jurídicos, para que, cada vez mais, os meios alternativos, como a conciliação, ganhem força (SILVA, 2008).

Aplicando-se essa visão ao direito de família, os ganhos serão diretamente percebidos pelos familiares envolvidos em situações conflituosas. A agilidade na resolução e a presteza do conciliador auxiliam a recomposição de uma situação favorável entre os indivíduos.

Com a decisão do conciliador, a resolução do conflito estará visível para as partes, que devem seguir o que restou transacionado. Nesse sentido, a família ganha uma solução rápida, que ela própria ajudou a construir na audiência de conciliação. Ainda, para as famílias é fundamental a busca pelo acordo, pois, como os relacionamentos afetivos já estão fragilizados, o ato de conciliar traz consigo um alívio às partes, refletindo em menos sofrimento, pois a solução ocorre de forma pacífica, sem ser necessário o desgaste de dar andamento à lide.

3.4 A arbitragem

A arbitragem, assim como os meios citados anteriormente, também é uma opção alternativa para solução de conflitos:

A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor (CARMONA, 2007, p. 51).

O seu conceito demonstra a diferença entre a arbitragem e os meios apresentados anteriormente. A decisão de escolher o método da arbitragem acontece por livre escolha das partes envolvidas no litígio, que contam com interesse mútuo na resolução do problema de forma mais rápida e menos onerosa.

Para Silva (2008, p. 22), “a arbitragem em muito se assemelha à forma tradicional”. Como continua dizendo o mesmo doutrinador, em ambas as formas, justiça tradicional e arbitragem, tem-se a semelhança de que a decisão é tomada por terceiro, e não pelos envolvidos no litígio. Outra característica é que a arbitragem possui acesso restrito. Por gerar custos para as partes, o que ocorre é que as populações mais carentes não conseguem usufruir desse procedimento. Por outro lado, o que se espera é que aqueles que tiverem acesso à arbitragem possam ter seu conflito resolvido mais rapidamente.

Segundo Carmona (2007), os litigantes escolhem um árbitro que impõe a sua decisão acerca do assunto discutido. Trata-se de um meio extrajudicial para a solução de controvérsias, uma vez que não há a intervenção estatal no desenrolar do caso. A arbitragem poderá solicitar ajuda ao poder Judiciário apenas quando alguma parte ou terceiro envolvido resistir em cumprir alguma diligência necessária para o andamento do procedimento.

Inicialmente, cabe demonstrar que a arbitragem e a jurisdição do Estado coexistem:

A natureza da moderna arbitragem não afeta o princípio constitucional de que não se pode vedar ao particular a apreciação de qualquer lesão a direito pelo Judiciário, já que ela advém de acordo prévio das partes, que, em princípio, são livres para regulamentar suas próprias relações jurídicas. (SANTOS, 2007, p. 164).

A arbitragem decorre do livre interesse das partes em negociar perante um árbitro a solução do seu litígio. Conforme explica Santos (2007), os envolvidos no procedimento de arbitragem, juntamente ao árbitro, podem escolher as regras de direito que irão nortear a decisão do caso concreto. Essa possibilidade está elencada no art. 2º da Lei de Arbitragem (Lei. nº 9.307/96)²⁰. Essa abertura da lei permite que a melhor solução seja encontrada para a controvérsia, mesmo que a lei das partes for contra a lei do Estado. Porém, afirma Santos (2007, p. 165) que “todo critério facultativo de julgamento encontra óbice na violação dos bons costumes e da ordem pública”. Portanto, esses critérios devem ser observados na efetivação da arbitragem.

Bons costumes têm entendimento relativo a tempo e espaço. Podem ser considerados o que a sociedade tolera dentro de um conceito mínimo de ética. Ordem Pública é a que tem por imediato o interesse social e não o particular a que se refere a norma (SANTOS, 2007, p. 165).

Figueira Jr. (1999) explica que a convenção de arbitragem (art. 3º Lei 9.307/96) é o viés que institui entre as partes o procedimento da arbitragem. A convenção de arbitragem abarca a cláusula compromissória, do art. 4º, Lei 9.307/96²¹, e o compromisso arbitral, constante no art. 9º da mesma lei²², podendo ser judicial ou extrajudicial. Com esse entendimento, o legislador simplificou o assunto, pois, antes da legislação de 1996, havia polêmicas sobre a utilidade e validade de cada um desses mecanismos. Resumiu-se, então, o conceito pela criação da convenção de arbitragem, que traz, dentro de si, o leque de possibilidades de gerenciamento da arbitragem.

²⁰ Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

²¹ Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

²² Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

A arbitragem é meio de resolução de controvérsias, mas possui uma limitação importante quanto aos direitos que podem ser discutidos por intermédio dela. O art. 1º da Lei 9.307/96²³ é taxativo ao delimitar a atuação da arbitragem aos direitos patrimoniais disponíveis.

Conforme Carmona (2007), os direitos disponíveis são aqueles que podem ser exercidos de forma livre pelo seu titular, ou seja, que podem ser negociados a qualquer momento pelo indivíduo. São, portanto, o oposto dos direitos indisponíveis, que, segundo Santos (2007, p. 164), englobam “questões relativas ao estado e capacidade das pessoas e a direitos patrimoniais que, por questão de ordem pública, não podem as partes renunciar”. Sendo assim, existe uma restrição ao campo de atuação da arbitragem, mas que não chega a ser uma vedação total à sua utilização:

Estas constatações não são suficientes, porém, para excluir de forma absoluta do âmbito da arbitragem toda e qualquer demanda que tanja o direito de família ou o direito penal, pois as conseqüências patrimoniais tanto num caso como noutro podem ser objeto de solução extrajudicial. Dizendo de outro modo, se é verdade que uma demanda que verse sobre o direito de prestar e receber alimentos trata de direito indisponível, não é menos verdadeiro que o *quantum* da pensão pode ser livremente pactuado pelas partes (e isto torna arbitrável esta questão). [...] São arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem (CARMONA, 2007, p. 56).

Diante do exposto, registra-se a importância de observar esse preceito e a delimitação daquilo que será objeto de solução por meio da arbitragem. Assim, será possível identificar a aplicabilidade da arbitragem em cada caso.

As regras principais do funcionamento da arbitragem estão mencionadas entre os art. 19 e 22 da Lei 9.307/96, cabendo destaque ao art. 21²⁴ da referida lei,

²³ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

²⁴ Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

que traz os aspectos principais a serem respeitados durante o processo. Segundo Santos (2007), as partes são quem escolhem o árbitro ou a entidade especializada em arbitragem para realizar a resolução da lide. Para maior segurança, quando algum dos envolvidos sentir necessidade poderá contratar um advogado que o acompanhe no processo, conforme estipulado no §3º, art. 21 da Lei 9.307/96. Segundo Carmona (2007), assim, tem-se a possibilidade de uma parte ter um advogado constituído e a outra não, não prejudicando o andamento do processo de arbitragem. Por isso, ressalta-se que constituir um advogado é uma faculdade dos envolvidos, pois a arbitragem não exige a presença desse profissional, dando a liberdade do conflitante escolher se quer, ou não, a ajuda de um profissional orientando na resolução do problema.

Além disso, existem os princípios do processo arbitral, que devem ser seguidos para que o êxito na arbitragem ocorra. Conforme Carmona (2007), o primeiro princípio a ser respeitado é o contraditório. Ambas as partes podem fazer a sua atuação no processo, apresentando sua tese, seus pontos de vista e, ainda, fazer as provas necessárias para o desfecho do conflito. Esse princípio já atrai outro, que é a igualdade das partes, pela qual os envolvidos devem ser tratados de maneira equivalente no desenrolar da arbitragem. Para Carmona (2007, p. 253), “É preciso, porém, lembrar que no processo arbitral as partes encontram-se normalmente em situação bastante equilibrada e escolhem espontaneamente o meio através do qual resolverão seu litígio [...]”.

Ainda com relação aos princípios, os demais têm co-relação com o árbitro. Conforme Carmona (2007), é normal que a legislação de arbitragem traga como regra a imparcialidade do árbitro que julga o litígio. “A parcialidade do julgador (qualquer julgador) torna inidôneo o processo (qualquer processo)”. (CARMONA, 2007, p. 254). Os julgadores que estejam comprometidos com alguma das partes devem ser afastados do processo arbitral, para evitar que a resolução do conflito se dê de maneira favorável a uma delas. Por conseguinte, sabe-se que a função de árbitro exige que o mesmo trabalhe com diligência, devendo ser interessado pela causa e na busca pela certeza dos fatos, para que, ao final, sua decisão seja acertada frente aos elementos escolhidos.

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

O árbitro está sempre presente no processo de arbitragem e tem importante função, pois sua decisão possui força jurídica:

O árbitro é juiz de fato e de direito e a decisão arbitral não é sujeita a homologação ou passível de recurso no Poder Judiciário. O cumprimento da decisão é obrigatório. O árbitro deverá ser um técnico ou especialista no assunto em discussão para dar um parecer e decidir a controvérsia. Ao árbitro é atribuído o poder de um juiz de Direito e sua decisão é soberana (SALES, 2003, p. 42).

Como a decisão do árbitro é soberana entre as partes envolvidas, torna-se necessário que se respeite o livre convencimento dele. Carmona (2007) afirma que esse convencimento não pode ser confundido com livre arbítrio, isto é, uma decisão totalmente vinculada com aquilo que o árbitro mesmo pensa. O livre convencimento está sim intimamente relacionado com a análise do caso concreto, levando-se em consideração os argumentos das partes, as provas produzidas e os demais elementos e circunstâncias importantes ocorridas durante a instrução da arbitragem. Para que a linha de raciocínio usada na decisão do árbitro seja entendida pelas partes, Santos (2007) diz que a sentença arbitral deve ser fundamentada e composta da análise das questões de fato e de direito que compõe o caso em discussão. A fundamentação deve ser completa, demonstrando os aspectos relevantes e os artigos de lei que baseiam sua decisão. Quando a lide for resolvida com base na equidade, o árbitro deve fazer referência a ela na fundamentação do seu convencimento.

É importante ressaltar que às sentenças de arbitragem não são oponíveis recursos e nem sequer homologação, de acordo com a disposição do art. 18, Lei 9.307/96.²⁵ Ainda, no entendimento de Santos (2007, p. 177), a sentença arbitral trata-se de “[...] julgamento ditado por princípios que orientam a própria jurisdição, a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença jurisdicional, dentre os quais se ressalta a constituição de título executivo judicial, quando condenatória [...]”. Sendo assim, a sentença arbitral modifica a realidade das partes ao final do processo:

Portanto, o efeito principal da sentença arbitral é a produção de resultados concretos no plano material e do direito objetivo, reequilibrando a relação fática ou jurídica violada ou ameaçada, como forma de satisfação da pretensão resistida pela parte vencedora (FIGUEIRA JR., 1999, p. 254).

²⁵ Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Essa é a função principal da arbitragem: buscar o encontro do ponto de equilíbrio entre as partes conflitantes.

Diante dessas características tão específicas e com o advento da Lei nº 9.307/96, a arbitragem entrou no sistema jurídico brasileiro como alternativa e complemento ao processo via judicial. Por esse motivo, ainda segundo Sales (2003), “o processo de arbitragem é mais formal do que os da negociação, conciliação e mediação”.

Embora com algumas restrições quanto aos direitos indisponíveis, como anteriormente mencionado, pode-se afirmar que a arbitragem é meio eficiente para resolução de conflitos no direito de família. Nessa seara, a arbitragem é uma alternativa para casos em que a família decide questões estritamente patrimoniais. Essas questões serão arbitráveis, pois são pactuadas livremente entre os familiares ou parentes envolvidos, como no caso de discussão de valores para pagamento de pensão alimentícia entre cônjuges, sem filhos, pois se defrontam apenas com a questão do *quantum* deve ser pago a título de alimentos. Também é aplicável a arbitragem quanto à divisão do patrimônio, podendo acontecer para casais que já estão separados, ou ainda, para casais em fase de separação, com ênfase na análise dos bens em comum, posterior avaliação pecuniária e, ao final, a divisão eqüitativa deles entre os ex-cônjuges.

3.5 A sentença judicial

O Estado viabiliza a resolução de conflitos para os indivíduos por meio da ação²⁶, como consequência da jurisdicionalidade. Essa pode ser proposta pelo interessado perante o Estado-juiz, desde que esteja enquadrado nas exigências para a sua propositura.

Com a legislação vigente e a elaboração de novas leis, o Estado estabelece as diretrizes da sociedade, pois delimita o movimento dos indivíduos e impõe

²⁶ Ação, portanto, é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2008, p. 267). Esse remédio, meio, instrumento de ativar a função jurisdicional, pelo particular, é que se chama ação. Em última análise, pois, pode-se conceituar a ação, dentro de uma definição simples, genérica, sem maiores profundidades, como o direito subjetivo que tem o cidadão de postular a tutela jurisdicional do Estado (RIBEIRO; RIBEIRO, 2005, p. 207).

deveres a eles. Segundo Cintra, Dinamarco e Grinover (2008), é função do Estado dizer o que é lícito, ilícito, as faculdades, as obrigações, os modelos de conduta, etc. A legislação é a ferramenta utilizada para que isso ocorra de maneira simultânea a todos os elementos da sociedade.

Além de legislar, o Estado, atua, também, na jurisdição, quando cuida da aplicabilidade e do cumprimento das normas por ele mesmo estabelecidas. Para Cintra, Dinamarco e Grinover (2008, p. 147), “é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”. Essa intervenção do Estado acontece pela vontade de uma das partes, que ingressa com uma ação perante o Poder Judiciário.

Na jurisdição²⁷, encontram-se características interessantes para análise. Conforme Nunes (2004), são elas: a unidade, a secundariedade, a imparcialidade e a substitutividade. A unidade significa que a jurisdição é função do Poder Judiciário exclusivamente, ou seja, o Poder Judiciário é um só. Mas, sabe-se que dentro dele existem várias espécies de jurisdições, facilitando o trabalho dos seus membros e do acesso à justiça. Assim, existe, por exemplo, a jurisdição civil e a penal, que, em sua origem, são derivadas do Poder Judiciário, que é único. A secundariedade dá a idéia de que o normal é que os indivíduos cumpram as normas estabelecidas pelo direito positivo, e, em segundo plano, recorram ao judiciário para compor seus litígios. A imparcialidade²⁸ deve ser inerente a todos os servidores atuantes no processo, e

²⁷ A jurisdição, diz-se, é uma função inerte que só se põe em movimento quando ativada por aquele que invoca a proteção jurisdicional do Estado. E o meio através do qual se desencadeia a atividade jurisdicional denomina-se ação (SILVA, 2006, p. 62).

É uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2008, p. 147).

À função de compor os litígios, de declarar e realizar o Direito, dá-se o nome de jurisdição (do latim *juris dictio*, que significa dizer o direito). A jurisdição pode ser vista sob três enfoques distintos: como poder, porquanto emana da soberania do Estado, que assumiu o monopólio de dirimir os conflitos; como função, porque constitui uma obrigação do Estado de prestar a tutela jurisdicional quando chamado; finalmente, como atividade, uma vez que a jurisdição atua através de uma seqüência de atos processuais (NUNES, 2004, p. 3).

²⁸ A imparcialidade é a característica que faz uma pessoa agir com retidão, ser equitativa e justa. Para ser imparcial é necessário separar as considerações particulares acerca de determinado assunto e analisá-lo sem ser influenciado. Dentro do processo esta é a conduta esperada dos auxiliares da justiça, que dão andamento ao feito e principalmente do juiz, que ao final sentencia. Sobre a imparcialidade do juiz, afirma Portanova:

Desinteressado no conflito, subordinado à lei e protegido de influências políticas e outras pressões, o juiz imparcial faz o Judiciário independente, democrático e baluarte das liberdades individuais [...] A

visa, principalmente, à eqüidistância e ao não envolvimento do julgador na causa. Decorrente disso, é que a jurisdição só começa a acontecer quando impulsionada por uma das partes interessadas.

Por último, tem-se, ainda, a substitutividade. Para Nunes (2004, p. 4), “quando surge o litígio, as partes podem compô-lo de diversas formas, sem recorrer ou aguardar o pronunciamento do juiz”. Aqui, a proposta viável é a procura por um meio alternativo de resolução de controvérsias, que pode ser livremente eleito pelas partes envolvidas no conflito. É a característica da substitutividade do meio utilizado para a solução da lide, que possibilita às partes optarem por outros meios de resolução de conflitos, que não seja a jurisdição, sendo possível a negociação, a conciliação, a arbitragem e a mediação.

Mas, no momento, o que interessa, principalmente, é saber o funcionamento da jurisdição, que se dá por meio do direito de ação.

Segundo Gomes (2006, p. 94), “a ação não é um direito, nem uma pretensão. A ação é o exercício de um direito pré-existente”. Conforme o autor, não se pode confundir esses conceitos, pois cada um deles é bastante específico e possui sua própria delimitação. A ação é o agir, ou seja, buscar no Poder Judiciário a proteção do seu direito, respaldado em lei. Já, a pretensão é o poder de exigir do Estado uma manifestação a respeito do problema a ele apresentado. Isso acontecerá por meio da análise do juiz que, posteriormente, emite a sua decisão.

O direito de ação é formado, em sua estrutura, por diversas características importantes:

Podemos conceituar o direito de ação como o direito público, subjetivo e abstrato, de natureza constitucional, regulado pelo Código de Processo Civil, de pedir ao Estado-juiz o exercício da atividade jurisdicional no sentido de solucionar determinada lide (WAMBIER, 2003, p. 125).

Para complementar o entendimento desses aspectos, há que se mencionar a teoria da ação autônoma e abstrata²⁹, que hoje prevalece no Brasil e foi adotada pelo CPC:

justiça consiste num método, e esse método é o das decisões imparciais. O juiz não se deve comprometer. Sua imparcialidade é seu apanágio. Parcialidade é perversão (PORTANOVA, 1997, p. 42).

²⁹ Digna de destaque é a concepção de Liebman, processualista italiano que permaneceu entre nós durante o período da Segunda Guerra Mundial, influenciando profundamente a evolução da ciência

Segundo esta linha de pensamento, o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado: não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega a pretensão do autor, ou quando uma sentença injusta a acolhe sem que exista na realidade o direito subjetivo material. A demanda ajuizada pode ser até mesmo temerária, sendo suficiente, para caracterizar o direito de ação, que o autor mencione um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito. É com referência a esse direito que o Estado está obrigado a exercer a função jurisdicional, proferindo uma decisão, que tanto poderá ser favorável como desfavorável. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2008, p. 270).

Apesar de essas teorias indicarem o caminho a ser seguido para o alcance da jurisdição, por meio do direito de ação, para a ação ter andamento não basta apenas dirigir-se ao judiciário e solicitar a análise do litígio no qual se tem interesse. Existem as chamadas condições da ação, que são elementos básicos para o direito processual.

Busca-se, nesse sentido, entender o objetivo das condições da ação:

Conquanto abstrato o direito à ação, seu manejo pressupõe o preenchimento de certas condições, sem as quais o Estado se exime de prestar a tutela jurídica solicitada, isto é, extingue o processo sem julgamento do mérito, fenômeno que se denomina carência de ação. Tal exigência decorre do fato de que a jurisdição só atua se o ordenamento jurídico não vedar o exame da matéria posta em julgamento, se houver necessidade, por parte do autor, da providência jurisdicional solicitada e se o autor for o possível titular do direito pretendido (NUNES, 2004, p. 10).

Assim, existe esse filtro exigido pelo Poder Judiciário, segundo Wambier (2003, p. 138), “para que seja possível a regular instauração do processo e a obtenção da tutela jurisdicional, o direito de ação sujeita o autor à observância de condições previstas no CPC”.³⁰

Passa-se, então, à explicação das condições da ação propriamente ditas:

brasileira. O autor a define como direito subjetivo instrumental – e, mais do que um direito, um poder ao qual não corresponde a obrigação do Estado, igualmente interessado na distribuição da justiça; poder esse correlato com a sujeição e instrumentalmente conexo a uma pretensão material. Afirma também que o direito de ação de natureza constitucional (emanação do *status civitatis*), em sua extrema abstração e generalidade, não pode ter nenhuma relevância para o processo, constituindo o simples fundamento ou pressuposto sobre o qual se baseia a ação no sentido processual. Por último, dá por exercida a função jurisdicional somente quando o juiz pronuncie uma sentença sobre o mérito (isto é, decisão sobre a pretensão material deduzida em juízo), favorável ou desfavorável que seja. Essa doutrina, que desfruta de notável interesse no Brasil, dá especial destaque às condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*), colocadas como verdadeiro ponto de contato entre a ação e a situação de direito material (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2008, p. 271).

³⁰ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

a) Possibilidade jurídica do pedido – conforme Gomes (2006, p. 116), “visa retirar da ação o conteúdo genérico, pois deverá sempre se referir a um pressuposto de fato que obtenha correspondência na lei”.

Importante salientar que, nesse contexto, é fundamental saber a diferença entre improcedência e impossibilidade jurídica do pedido, que não são a mesma coisa:

Constitui erro grosseiro argumentar que o pedido do autor é juridicamente impossível porque o direito material não o ampara. Repito, para evitar dúvidas: se o direito não ampara a pretensão, o caso é de improcedência; se o ordenamento jurídico veda a discussão do mesmo no plano processual, o caso é de impossibilidade jurídica (NUNES, 2004, p. 11).

A possibilidade jurídica do pedido relaciona-se com a permissão de que aquela lide seja discutida perante o Judiciário.

b) Interesse de agir – também chamado de interesse processual. Conforme Wambier (2003), essa condição parte da idéia da necessidade de agir que possui a parte autora do processo. Mas, essa necessidade de exercer o direito de ação, juntamente ao poder jurisdicional, precisa, ainda, ser útil sob o aspecto prático.

Nunes (2004, p. 11) acrescenta: “como o processo não pode ser utilizado para mera consulta, a jurisdição só atua no sentido de um pronunciamento definitivo acerca da demanda se a sua omissão puder causar prejuízo ao autor”.

Assim, perceptível é que o direito de ação precisa ter um embasamento, um interesse real, algo que, na prática, modifique ou confirme a situação que está sendo levada para análise; fala-se no binômio necessidade-utilidade no interesse de agir.

c) Legitimidade para a causa ou legitimidade das partes – para Gomes (2006, p. 116), “confere ação ao verdadeiro titular do direito em face do sujeito passivo”. A legitimidade se relaciona com a parte autora da ação (sujeito ativo) e também com a parte que sofre a ação contra a sua pessoa, a parte ré (sujeito passivo). Segundo Wambier (2003, p. 138), “autor e réu devem ser partes legítimas. [...] Quanto ao primeiro, deve haver ligação entre ele e o objeto do direito afirmado em juízo. [...] Quanto ao réu, é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do autor”.

O que importa salientar nesse ponto é que não se confunde legitimidade para a causa, ou de parte com a legitimidade para o processo. Essa última está dentre os

pressupostos processuais³¹, não sendo caracterizada como condição da ação. Nunes (2004) explica que a legitimidade para o processo tem relação com a capacidade para estar em juízo, assim, por exemplo, menores de idade podem ter legitimidade para ser parte, mas precisam sempre ser representados ou assistidos durante o processo no qual atuam como parte interessada, por não possuírem legitimidade processual. Conforme Nunes (2004, p. 23), “não se confundem os pressupostos processuais com as condições da ação. Os pressupostos processuais são requisitos necessários à validade e à eficácia da relação processual, dizem respeito, portanto, ao processo”.

Elencadas as condições da ação, e, na prática, estando todas elas presentes na ação proposta, o processo será iniciado. Vários são os tipos de ação possíveis propostas perante as mais variadas varas judiciais, pois cada setor da justiça trabalha com uma área de conhecimento distinta.

O desenrolar do processo passa por várias fases, e, nessas, os colaboradores da justiça trabalham em seu trâmite:

Desde a instauração do processo, portanto, e durante todo o seu evoluir, são praticados atos processuais pelas partes, pelo juiz, pelos auxiliares, da Justiça, pelo órgão do Ministério Público, por terceiros, todos eles convergindo para a obtenção da solução da demanda que se contém na petição inicial (RIBEIRO; RIBEIRO, 2005, p. 457).

Após o andamento do processo, acontece, ao final, a entrega da prestação jurisdicional:

O processo nasce com a propositura da ação e desenvolve-se com a prática sucessiva de atos processuais de todos quantos atuam no processo, objetivando atingir o momento supremo da relação processual, que é o julgamento da pretensão deduzida na inicial (*res in iudicio deducta*) (RIBEIRO; RIBEIRO, 2005, p. 457).

Diante do exposto, evidencia-se que o momento mais esperado do processo é a sentença. Mas, para que ela seja elaborada, a interpretação das normas jurídicas deve ser feita. Para Sampaio (2008), nessa seara há desafios ao magistrado, pois as mudanças ocorridas na sociedade, algumas vezes, ainda não estão abarcadas pela legislação. O magistrado precisa redimensionar seu campo de visão e conhecimento, refletindo sobre a valoração do caso concreto e

³¹ Pressupostos processuais: (subjetivos: competência do juiz, capacidade das partes e representação por advogado; objetivos: forma processual adequada, petição apta e inexistência de litispendência, coisa julgada e nulidades) ≠ condições da ação (NUNES, 2004, p. 23).

sistematizando a forma de interpretá-lo. Assevera Sampaio (2008, p. 64) que “[...] a ineficiência do modelo de legislativo típico para reger a todas as relações sociais conduziu à necessidade cada vez maior de serem invocados os meios de integração para se obter a pacificação dos litígios submetidos ao Poder Judiciário”. Remontase, aqui, a idéia da transdisciplinaridade.

Nesse estágio, o juiz precisa estar atento à dinâmica sociedade que o cerca:

Julgar deve ser o cotejamento do fato posto em juízo com a realidade social, já que o Direito (em geral) e a sentença (em particular) devem estar integrados à vida de relação e às outras ciências. O desvendamento ideológico de uma visão tradicional e os novos postulados de uma visão atenta à atualidade do Direito frente ao mundo vão influenciar o juiz e seu julgamento tanto na sua relação com a estrutura (Estado, lei, jurisprudência) como na própria atividade julgadora pessoal (agora totalizante), projetando uma decisão juridicamente criativa para o fato concreto (PORTANOVA, 1997, p. 122).

Exige-se dos magistrados uma interpretação ampla, transdisciplinar, que seja condizente com a realidade das partes, buscando a pacificação dos conflitantes nesse momento e para o futuro de suas vidas.

Portanova (1997) defende a interação entre os operadores do direito e a realidade social. Em todos os aspectos cotidianos, os indivíduos precisam estar atentos às mudanças econômicas, sociológicas, ambientais, políticas. Trazendo isso para dentro do direito, percebe-se a necessidade de uma nova postura mental, na qual se reflita o acesso à justiça, não necessariamente por meio de um juiz, mas a efetiva contraprestação na busca da solução do conflito. Conforme Portanova (1997), ao magistado são fundamentais o entendimento da sociedade pluralista, que está cheia de anseios; a dinamização do ordenamento jurídico; o incentivo em soluções diferenciadas, que não sejam sempre uma sanção, mas que possam ser também uma lição, do ponto de vista preventivo, pelo qual o indivíduo possa repensar suas atitudes e rever sua conduta na sociedade.

Para Portanova (1997, p. 141), “é necessário corrigir e atualizar os grandes pensamentos”. A grandiosidade reside em saber fazer essa interpretação extensiva e motivar sua decisão com base em fatos, direito e na realidade atual:

A sentença, dada a sua especialíssima condição de exercício de poder por quem possua a indispensável formação acadêmica, tem um dever social: difundir o jogo político contido no Direito. Cabe apontar o que entenda sejam defeitos e injustiças. A motivação sentencial deve deixar clara a compreensão do julgador quanto à questão ideológica no funcionamento da sociedade. A sentença é o momento em que o juiz revela, ilumina e

descobre a realidade social; mostrando a favor de quem e contra quem está decidindo dentro do espectro social. A decisão deve deixar fluir as transformações sociais e os anseios dos necessitados que buscam justiça social no Judiciário (PORTANOVA, 1997, p. 152-153).

Diante dessa nova maneira de interpretar e compilar quais as motivações ideológicas que serão o cerne da sentença, o magistrado precisa estar aberto às constantes mudanças do mundo contemporâneo.

Para isso, o direito criou meios integradores de interpretação frente às lacunas da lei. Sampaio (2008) enumera a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, todos elencados no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil³² e também no art. 126, CPC³³. A analogia rege-se pela semelhança de situações fáticas, ou seja, quando ocorre uma situação não prevista em lei, a analogia permite que uma situação parecida seja tomada como exemplo para chegar-se à legislação pertinente àquele caso concreto. Os costumes têm seu espelho na sociedade. A prática reiterada de condutas e regras, tidas pelos indivíduos como base a ser seguida, cria, com o passar do tempo, “uma forma mais espontânea e popular de criação do direito” (SAMPAIO, 2008, p. 68-69). Assim, pode a motivação da resposta jurisdicional ser encontrada nos costumes seguidos pela localidade, uma vez que a norma jurídica esteja sem solução para o conflito que está em pauta. Por fim, os princípios gerais do direito, que correspondem ao norte proposto pelo legislador quando da elaboração de sua lei maior, a Constituição. Embora os princípios não possuam assertivas escancaradas daquilo que englobam, podem ser considerados transcendentais, uma vez que penetram em todas as áreas do saber.

Como alicerce para a tomada de decisão, o magistrado deve levar em conta a função que tem a sua sentença e os deveres que são a ele impostos pela legislação. Para Nunes (2004), a imparcialidade é fundamental durante todo o processo, e as partes também precisam sentir que ela existe. Esse sentimento pode ser despertado por meio da igualdade no tratamento das partes. Dando continuidade aos cuidados do magistrado com relação à causa, ele deve buscar reprimir os atos atentatórios à dignidade da justiça, evitando situações nas quais as partes possam estar

³² Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

³³ Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

simulando algum negócio jurídico, atos de má-fé, testemunhas que desvirtuem a verdade e outros comportamentos não condizentes com o ambiente no qual se dá a prestação jurisdicional.

Com o respaldo desses detalhes, que devem ser observados pelo magistrado, a formação do seu convencimento estará cercada por um ambiente saudável, no qual a percepção do caso efetivo e sua junção com a norma, até então abstrata, finalizarão o seu ponto de vista sobre a lide.

Assim, ao final, tem-se uma sentença que é solução para o caso concreto por meio da aplicação do direito:

É de se evidenciar que o direito não se confunde com a lei, porquanto esta é apenas uma de suas fontes, um critério de apreciação do justo. Ademais, a lei nem sempre é direito, às vezes constitui um antidireito, e quando isso ocorre, cabe ao juiz afastar-se da lei e aplicar o direito (NUNES, 2004, p. 97).

De fato, o direito não se limita à lei. Conforme Nunes (2004), quando ocorrer o afastamento da lei, o juiz não está obrigado a basear-se apenas na estrita legalidade para encontrar uma solução adequada ao caso concreto.

No entendimento de Cintra; Dinamarco; Grinover (2008, p. 108) “considerado como ordenamento jurídico, o direito não apresenta lacunas: sempre haverá no ordenamento jurídico, ainda que latente e inexpressa, uma regra para disciplinar cada possível situação ou conflito entre pessoas”. Nesse sentido, percebe-se que com a legislação isso não ocorre, sendo que ela apresenta lacunas, sanáveis a partir da integração das fontes do direito, quais sejam, a analogia, os costumes, a equidade e os princípios gerais do direito. Acrescentam Cintra, Dinamarco e Grinover (2008, p. 109) que no momento de interpretar a lei “[...] o intérprete freqüentemente desliza de maneira quase imperceptível para a atividade própria da integração. Interpretação e integração comunicam-se funcionalmente e se completam mutuamente para fins de revelação do direito”. Nesse ponto, ressalta-se que esse modo de agir é intrínseco aos operadores do direito, e não apenas ao magistrado, na tomada de sua decisão, pois se sabe que o direito provém da construção e discussão de entendimentos.

Essa é a função da tutela jurisdicional, pela qual o Estado-juiz tem o dever-poder de apresentar a solução dos litígios entre os indivíduos, tendo em vista a finalidade maior que é o bem-estar e a paz da população. Por vezes, porém, todo

esse caminho a seguir apresenta dificuldades e demoras para as partes, e, para isso, existem os meios alternativos de buscar a resolução do conflito. A prestação de uma justiça alternativa, com visão dos novos paradigmas e do conhecimento complexo dos problemas, pode resultar numa contraprestação satisfatória aos envolvidos, que não precisam, necessariamente, ingressar e aguardar a resolução de uma legítima ação judicial para obter a resposta para o seu problema. A escolha é de cada indivíduo:

Como se vê, o cidadão pode invocar o judiciário, para a solução de conflitos, mas, não está proibido de valer-se de outros mecanismos de composição de litígios. Já o Estado, este sim, não pode afastar do controle jurisdicional as divergências que a ele queiram submeter os cidadãos (GRACIE, 2007, p. 16).

Esse pensamento demonstra que é tempo dos indivíduos abrirem as fronteiras de sua mente e apostarem em novas concepções para melhorar a realidade que cerca a sociedade.

3.6 A mediação

A mediação também é meio para resolução de conflitos em diferentes áreas. Segundo Silva (2004), consiste em uma técnica privada, não adversarial e sem imposição de sentenças. Neste procedimento, o mediador, profissional atuante para ajudar na dissolução da controvérsia entre os envolvidos, exerce importante função de auxiliar e ajudar a encontrar o melhor entendimento sobre o conflito que ambos têm pendente.

Bem elucida Braga Neto (2007, p. 87) quando afirma: “mediação é um método de resolução de conflitos em que um terceiro independente e imparcial coordena reuniões conjuntas ou separadas com as partes envolvidas no conflito”.

Um dos objetivos da mediação é a solução amigável entre as partes conflitantes, em que cada um possa fazer concessões, e, finalmente, chegar a uma decisão que satisfaça os envolvidos. No direito de família, a mediação tenta buscar entre eles a melhor solução para o conflito, sendo que essa reaproximação dos familiares é muito importante para que o diálogo aconteça. A possibilidade de oportunizar esse encontro entre os indivíduos viabiliza o seu entendimento de forma a propiciar uma boa condução do futuro de suas vidas, decidindo em conjunto o que fazer no caso concreto.

4 A MEDIAÇÃO NO CONFLITO FAMILIAR

Após a análise da transformação da família e posterior delimitação dos meios de resolução de controvérsias, chega-se à mediação. Primeiramente, é imprescindível situar a mediação como meio de resolução de conflitos, explicando sua funcionalidade e sua finalidade. Após, objetiva-se analisar a aplicabilidade e a viabilidade dela nas relações e conflitos familiares específicos que surgem no cotidiano das famílias. A pertinência desse estudo dá-se uma vez que as famílias necessitam de apoio especializado nos momentos de crise, de conflito, de tensão, e para se organizarem interna e externamente.

4.1 Noções preliminares e conceito de mediação

Segundo Ruiz (2005), atualmente as lides levadas ao Poder Judiciário acontecem em larga escala, sendo muito utilizadas, embora o Estado não esteja conseguindo fazer a contraprestação jurisdicional ideal, pois nem sempre a solução será justa e livre de erros. Nesse sentido, Ruiz (2005, p. 75) afirma que “o Estado abarcou uma série de atribuições, mas não está conseguindo, com eficiência e como era de se esperar, desvencilhar-se das mesmas, cumprindo o seu dever legal”.

Conforme Bacellar (2003), sabendo-se que o Estado não consegue atender de maneira satisfatória a todas as demandas levadas a ele, o monopólio jurisdicional deve ser uma prática revista. Para dar andamento ao volume de lides apresentadas ao Poder Judiciário, os meios complementares, ou alternativos, são formas de auxiliar na efetivação do acesso à justiça.

Esse movimento pode acontecer sem nenhum prejuízo à segurança jurídica, que é indispensável à sociedade. Ainda assim, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, constante no art. 5º, XXXV, CF/1988³⁴, continuará vigente, mesmo com a busca por diferentes meios para a resolução dos conflitos. Bacellar (2003) explica, também, que a livre escolha dos indivíduos precisa ser respeitada, pois a opção por meios alternativos de resolução não implica na afronta ao princípio da inafastabilidade. A jurisdição e os outros meios andam lado a lado, pois o uso de um não exclui o outro:

Desde que as pessoas se manifestem livremente, com consciência e vontade, no sentido de resolver a pendência diretamente, sem intervenção do Poder Judiciário, nenhum juiz poderá alterar essa relação ou afetar esse consentimento. Nos casos de lesão ou ameaça ao direito, o Poder Judiciário sempre estará pronto a impor obediência ao direito, com o retorno das condutas lesivas à linha da legalidade. Se a manifestação de vontade for eivada de vícios, o ato jurídico pode ser anulado como qualquer outro, pois aí haverá lesão ao direito. As ofensas ao devido processo legal poderão se levadas à apreciação do Poder Judiciário, de maneira inafastável (BACELLAR, 2003, p. 70).

Percebe-se, assim, que o princípio da inafastabilidade deve ser interpretado atualmente de outra maneira, buscando-se a efetiva solução para os conflitos, da melhor maneira possível, podendo as partes optar por meios extrajudiciais, ou a própria jurisdição, no caso desses outros meios não serem eficientes. Nessa seara, há que se utilizar a prática transdisciplinar, que, de acordo com Vasconcelos (2002), pressupõe que diversas formulações sejam confrontadas, produzindo, assim, uma estratégia de fonte para o conhecimento que, além disso, será útil ao desenvolver métodos para investigar os fenômenos sociais.

Nessa linha de pensamento, Tartuce (2008) vai além, pois propõe uma releitura acerca da tutela jurisdicional exclusiva por parte do Poder Judiciário. A análise da questão alerta para que se faça uma troca, na qual a via judicial fique disponível como a modalidade residual para a solução de conflitos, ou seja, em sua ótica, revela a importância dos indivíduos pacificarem seus interesses divergentes por meios complementares, ajudando a desafogar o Judiciário, que por sua vez deve estimular essa prática.

³⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O que se precisa entender é que a mediação pode ser feita intra ou extrajudicialmente. De acordo com Leite (2008), a mediação pode se concretizar antes ou durante a instauração do processo judicial.

A mediação extrajudicial é aquela que ocorre ainda antes do processo, ou que acontece e de pronto resolve o conflito, nem se transformando em processo. Conforme Basílio e Muniz (2007, p. 50), “a mediação prévia antecede o processo judicial e é facultativa. A parte interessada poderá valer-se de mediação prévia para, com auxílio de um mediador, buscar a resolução amigável de um conflito, antes de propor ação judicial”. Ao contrário, a mediação intrajudicial configura-se pelo uso desse meio complementar durante o processo, já em andamento. Segundo Leite (2008), há vários momentos do processo judicial nos quais a mediação pode se concretizar. Como exemplo, o autor ressalta: logo após a contestação, antes da instrução, antes do julgamento, etc. Basta ao magistrado possuir o bom senso e identificar lides que possam ser encaminhadas à mediação, como forma de ajudar as partes a encontrarem a solução dos seus problemas mais rapidamente e de acordo com suas vontades.

Extra ou intrajudicialmente, a busca pela solução do conflito cabe aos diversos meios de pacificação disponíveis na sociedade:

O modelo atual demonstra a necessidade de repensar a administração da justiça, resgatando antigos elementos, aprimorando o modelo já existente e propondo novas modalidades de respostas para tratar de forma eficaz os conflitos que se multiplicam diuturnamente (TARTUCE, 2008, p. 160).

Assim, segundo Tartuce (2008), não se objetiva substituir ou eliminar a via judiciária, mas aproveitar os meios alternativos de composição de conflitos como complemento ao modelo de jurisdição clássica. Nesse sentido, traz-se a mediação como uma alternativa para a solução dos conflitos de forma amigável, pelo diálogo entre as partes.

Ao traduzir a palavra conflito, as expressões sinônimas encontradas no dicionário são: oposição de interesses, sentimentos, idéias; luta, disputa, desentendimento; briga, confusão, tumulto, desordem (BUENO, 1996). Diante disso, procura-se saber se é possível que um conflito traga em si aspectos positivos. Para Luz (2005, p. 113), “só são positivos quando bem administrados. E um bom modo de se administrar os conflitos é quando se exige uma maior responsabilidade dos

envolvidos, por meio do diálogo, da solidariedade e da cooperação entre as pessoas”.

Conforme Silva (2004, p. 15), “a base do processo de mediação é a visão positiva do conflito”. A mediação requer uma visão diferenciada do conflito que está sendo trazido a debate, uma vez que propõe um olhar para o futuro. Não se buscam causas e discussões acerca do porquê do conflito, mas uma solução efetiva desse momento para frente na vida dos envolvidos. Por isso, Silva (2004) acrescenta que não há normalidade e anormalidade nos indivíduos em confronto, mas diferentes maneiras que eles possuem de revelar sua realidade.

Assim, a mediação pode ser vista como uma fonte de transformação do conflito, com a possibilidade de crescimento das partes. Para Luz (2005), as partes, até então em desentendimento, procuram observar-se e conhecer-se melhor, buscando brechas, para que possam realizar concessões e enfrentar em conjunto com o outro o conflito, que é de ambos. Nesse sentido, conforme Luz (2005, p. 129) “a mediação surge da necessidade das partes serem as protagonistas na solução de suas próprias controvérsias”.

O protagonismo das partes é determinante na realização da mediação:

Esse instrumento de solução de conflitos tem como característica a participação ativa e direta das partes, possibilitando, assim, o desenvolvimento da autonomia dos envolvidos. Elas passarão a responder pelo sucesso ou insucesso da mediação, porque somente a elas cabe a efetivação da solução. Com isso começa a florescer, nas pessoas, a responsabilidade dos seus atos, deixando de atribuir sempre a terceiros o papel de decisão dos seus destinos. São elas responsáveis pelo rumo que suas vidas vão tomar, saindo da situação de vítima do acaso para a posição de transformadores da sua própria realidade (LUZ, 2005, p. 139).

De fato, os indivíduos são os atores de sua história. Conforme reitera Silva (2004, p. 18), “a mediação é o único mecanismo em que as partes decidem por sua própria consciência e vontade [...]”.

Por tudo isso, segundo Braga Neto (2007, p. 85), “a expressão mediar significa, em sentido amplo da palavra, atender a pessoas, e não a casos”. E, por meio da negociação entre as partes que necessitam enfrentar esse problema comum a ambas, é possível vislumbrar uma solução adequada para os envolvidos. Conforme Silva (2004, p. 18), “a mediação é, ao fim e ao cabo, negociação assistida”.

Portanto, o conceito de mediação é assim definido:

A mediação é um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça. A mediação representa assim um mecanismo de solução de conflitos pelas próprias partes que, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória, sendo o mediador a pessoa que auxilia na construção desse diálogo (SALES, 2004, p. 21).

Pode, também, ser definido quando comparado com o meio tradicional de jurisdição:

A mediação, enquanto espécie do gênero justiça consensual, poderia ser definida como a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito da satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal (WARAT *apud* MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 133).

Nesse sentido, a mediação procura encontrar os interesses dos membros envolvidos, que, por meio da cooperação mútua e do diálogo, poderão chegar a um resultado satisfatório.

O diálogo é muito importante entre os envolvidos que buscam a solução para o problema, necessitando, em todo momento de troca de informações e de idéias, identificar em cada indivíduo as suas intenções e possibilidades de fazer concessões em favor do outro. Por isso, a comunicação é elemento fundamental:

A mediação consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, visualizando melhor os meandros da situação controversa, protagonizar uma solução consensual. A proposta da técnica é proporcionar um outro ângulo de análise aos envolvidos: em vez de continuarem as partes enfocando suas posições, a mediação propicia que elas voltem sua atenção para os verdadeiros interesses envolvidos (TARTUCE, 2008, p. 208).

Sobre a comunicação, Tartuce (2008) explica que a mediação não visa apenas à resolução do conflito, mas, também, a uma forma de reaproximar as partes no tocante à comunicação entre elas. Quando as regras de comunicação na mediação forem estabelecidas pelo mediador, e os envolvidos entenderem que seu diálogo é imprescindível para o desenrolar do procedimento, a mediação começará a ser realizada. Tartuce (2008, p. 222) assevera que “[...] importante na mediação é permitir que as partes possam voltar a entabular uma comunicação eficiente”. O

restabelecimento da comunicação entre partes conflitantes é o primeiro passo para o encontro da solução esperada.

Outro aspecto relevante na mediação é a separação que deve ser feita entre as pessoas e os problemas trazidos por elas. O foco deve estar na procura por acordo acerca do problema comum entre os envolvidos. Para Bacellar (2003, p. 197), “é comum, ao início de qualquer tentativa de acordo, as pessoas passarem a se agredir mutuamente, algumas vezes esquecendo, inclusive, o problema que motivou o conflito”. É preciso que as partes entendam que durante a mediação não é o momento para discussões particulares. Assim, conforme Bacellar (2003), o mediador deve controlar essas exaltações, e gradativamente fazê-las cessar, criando a oportunidade do diálogo civilizado entre as partes conflitantes, restabelecendo a comunicação.

O que se busca com essas técnicas é a abordagem positiva do conflito por meio da mediação. Para Sales (2003, p. 47), “[...] o conflito deve ser recebido de forma a não incentivar a competição. As partes não estão em campos opostos, competindo, mas, sim, estão cooperando para que ambas sejam vencedoras”. Assim, na mediação, existe um estímulo para que as partes cooperem para buscar harmonicamente uma solução. Procura-se eliminar os sentimentos negativos, visualizando que vários pontos positivos existem e precisam ser trabalhados pelos envolvidos. Ainda, segundo Sales (2003, p. 47), “na mediação não se pretende determinar que uma parte seja vencedora ou perdedora, como, normalmente, acontece na via judicial”.

Assim, acredita-se que a solução não-adversarial dos conflitos traz para as pessoas envolvidas um grau de satisfação mais elevado, uma vez que elas mesmas foram responsáveis pela estipulação dos termos do acordo firmado.

4.2 Princípios definidores da mediação

Segundo Thomé (2007, p. 425), “a mediação é baseada em regras e procedimentos preestabelecidos e o mediador tem o objetivo de ajudar as partes a negociarem de maneira mais efetiva, não se envolvendo no problema nem impondo uma solução”.

Diante disso, tem-se que alguns princípios precisam ser respeitados para que a mediação ocorra da maneira esperada e para que as partes possam negociar sua solução adequadamente.

4.2.1 Princípio da Imparcialidade

Ser imparcial é manter-se neutro em situação na qual mais de uma proposta é tida como possível. É saber separar considerações particulares em detrimento de outros entendimentos aplicáveis ao caso. Na mediação, processo pelo qual duas ou mais pessoas trazem suas concepções acerca do conflito travado entre elas, a posição do mediador deve ser de não tomar partido, isto é, ser imparcial.

Na mediação, a imparcialidade é diretamente ligada à figura do mediador. Conforme Luz (2005, p. 137) “o ofício do mediador limita-se a auxiliar as partes na busca pela solução, não defendendo, representando ou aconselhando nenhuma das partes”.

Espera-se que a conduta do mediador, no decorrer da mediação, seja exercida com retidão, evitando o favorecimento de qualquer das partes:

A imparcialidade deve ser inerente ao mediador. Isto porque é função do mediador ajudar as partes a reconhecerem os reais conflitos existentes, produzindo as diferenças com o outro e não contra o outro, criando assim novos vínculos entre elas. Não cabe ao mediador decidir, pois só as partes têm o poder decisório. Para o mediador realizar essa tarefa ele deve ser imparcial, caso contrário, poderá ir além de seu compromisso, interferindo na decisão, privilegiando a parte que lhe interessa. A intervenção do mediador, manipulando a argumentação, e daí a decisão, descaracteriza a mediação, pois a igualdade de oportunidade do diálogo é imprescindível a esse procedimento (SALES, 2003, p. 48).

Ainda, segundo Sales (2003), ressalta-se que, na mediação, as partes podem eleger o mediador ao qual se submeterão para o procedimento da mediação. Se perceberem alguma conduta errônea por parte dele, podem decidir por não continuar com a mediação, pois não estão obrigados a ela.

4.2.2 Princípio da Competência

A competência é a capacidade do mediador para realizar o procedimento de mediação. Para Luz (2005), esse princípio está ligado ao desempenho efetivo do

mediador durante as sessões de mediação. Para isso, ele deve ser prudente e cuidadoso, sempre tentando auxiliar as partes para que cheguem ao acordo.

Segundo Sales (2003, p. 49), “o mediador somente deverá aceitar a tarefa quando tiver as qualificações necessárias para satisfazer as expectativas razoáveis das partes”. Isso demonstra a liberdade que partes têm em fazer a escolha do mediador, acreditando que o mesmo é competente, de forma que os envolvidos acreditam que bons resultados apareçam ao final da sessão.

A competência do mediador sempre dependerá de sua qualificação, sendo que, em cada caso mediado, pode ser mais apropriado um tipo específico de profissional para a condução da mediação. Para exemplificar, pode-se dizer que, normalmente, questões de guarda de filhos serão melhor analisadas por assistentes sociais, pois elas detêm um conhecimento vasto acerca de relacionamentos entre pais e filhos, além da análise global e crítica do que seja o melhor interesse da criança frente à separação dos pais. Não há que se dizer o que deve ser feito, pois não é papel do mediador ditar regras, nem decidir. Há que se viabilizar a comunicação entre os conflitantes, acompanhar as suas reflexões, esclarecer dúvidas e, se as partes quiserem, explanar acerca dos direitos e deveres que respaldam o caso que está sendo mediado.

4.2.3 Princípio da Confidencialidade

A confidencialidade significa que tudo o que ocorre durante o processo de mediação precisa ser sigiloso, sendo que apenas os envolvidos e o mediador podem saber o que aconteceu durante a mediação.

Várias situações são abarcadas pela confidencialidade:

Devendo significar que os fatos, situações, documentos, informações e propostas, expostas durante a mediação, guardem o necessário sigilo e exigir daqueles que participaram do processo, obrigatoriamente, mantê-lo sobre todo conteúdo a ele referente, não podendo ser chamados para eventual testemunho em situações ou processos futuros [...] (BRAGA NETO, 2007, p. 97).

Para Luz (2005), a confidencialidade afeta diretamente as partes, pois se não sentirem segurança de dizer o que pensam, o procedimento de mediação fica prejudicado. O segredo acerca dos aspectos do conflito, das discussões enfrentadas

e de outros detalhes observados durante a mediação, é fundamental para que as partes envolvam-se efetivamente no diálogo, sem receios ou ressalvas no decorrer do procedimento.

O principal garantidor do sigilo deve ser o mediador:

O processo de mediação é confidencial. Ao mediador cabe o respeito ao processo de mediação e às partes. O cuidado com o processo se revela quando o mediador, ciente da importância da mediação como forma de resolução de conflitos, guarda para si o conteúdo de cada processo. O mediador deve agir como protetor do processo de mediação, garantindo sua lisura e integridade (SALES, 2003, p. 52).

Assim, a confidencialidade tem por finalidade possibilitar que a comunicação entre as partes possa ocorrer de forma transparente, pois, além delas e do mediador, ninguém deverá ficar sabendo do inteiro teor de seus diálogos. O que ocorre é que o acordo firmado ao final poderá se tornar público.

Com relação ao conhecimento do mediador acerca dos diálogos realizados entre as partes na sua presença, Luz (2005, p. 138) assevera que “o mediador não poderá ser testemunha em qualquer processo que oponha as partes em tribunal sobre a questão que foi tratada em mediação”. Nesse sentido, Sales (2003) explica que em alguns países o mediador é proibido de testemunhar nos casos em que tenha tentado ou efetivamente realizado a mediação. Ainda, para Braga Neto (2007), respeitando-se o sigilo, respeita-se também a autonomia de vontade das partes, que pactuaram o acordo livremente.

Ao falar do sigilo que há entre as partes e o mediador, Sales (2003, p. 52) explica que: “possuem um pacto de confiança de confidencialidade entre si, proporcionando um estabelecimento de confiança e respeito, suficiente para um diálogo franco e sincero, cujos fatos e circunstâncias abordados são garantidos pelo sigilo”.

4.2.4 Princípio da Liberdade e poder de decisão das partes

Conforme Tartuce (2008), a liberdade dentro do processo de mediação está ligada à possibilidade de autodeterminação das partes, que são livres para eleger esse mecanismo como forma para a resolução da controvérsia. Após, já no decorrer

da mediação, a comunicação entre as partes, e sua negociação sobre o conflito, ocorre de forma espontânea, havendo a liberdade de chegarem, ou não, ao acordo:

A liberdade das partes, como princípio da mediação, significa que as partes são livres para decidir se querem optar pela mediação como meio de solução de conflito. Uma vez feita esta escolha, contudo, elas não estão obrigadas a chegar a um acordo. As partes são livres também para resolver se desejam decidir o conflito durante o processo de mediação (CRUZ, 2005, p. 268).

Conforme Sales (2003), por ser a mediação um processo voluntário (que depende da vontade das partes), a liberdade deve ser incontestável, de forma que nenhuma das partes esteja sofrendo coação ou ameaças que possam causar mudanças em seu comportamento e, principalmente, em sua decisão acerca da controvérsia.

Os reflexos da liberdade aparecem no número de acordos firmados. Conforme entrevista realizada no Gabinete de Mediação junto ao Fórum de Novo Hamburgo-RS, o percentual de acordos está em torno de 81% (oitenta e um por cento), o que revela um índice bastante satisfatório de casos resolvidos pelas próprias partes envolvidas, ressaltando-se que os mediandos aceitaram a técnica da mediação voluntariamente, pois não há como ela ser obrigatória. No mesmo sentido, em consulta às estatísticas do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que usa a mediação familiar como forma de resolução de conflitos juntamente a algumas comarcas, constata-se um índice de 67% (sessenta e sete por cento) de acordos no ano de 2007, ou, em números, um total de mais de 700 (setecentos) casos resolvidos de forma consensual (ABREU, 2007).

Porém, para que o princípio da liberdade seja amplamente explorado pelos mediandos, eles necessitam conhecer bem as possibilidades disponíveis para a condução da resolução da controvérsia. Tartuce (2008) explica que nem sempre as partes têm conhecimento de todas as variáveis que podem ser utilizadas para a solução do problema, ocorrendo uma limitação na liberdade de negociação pelos envolvidos, o que não é positivo. Pelo contrário, a comunicação deve ser facilitada pelo mediador, para que ambos saibam bem conduzir esse poder inerente a cada indivíduo participante da mediação: o poder decisório.

O poder de decisão é intrínseco às partes no processo de mediação:

Na mediação, o poder de decisão cabe às partes. Somente às partes cabe a resolução do conflito em pauta. Ao mediador atribui-se a tarefa de facilitar

a resolução dos conflitos. O mediador auxilia as partes a restabelecer a comunicação entre si e a avaliar os objetivos, opções e conseqüências de seus atos, conduzindo a um entendimento que seja satisfatório para ambas. Esse entendimento é alcançado pelas partes, por intermédio da reflexão e de novos vínculos que aparecem, como fruto do diálogo entre as partes, que antes encontrava-se prejudicado; uma comunicação nova que permite às partes acordarem (SALES, 2003, p. 47).

De fato, o poder de decisão na mediação é apenas dos mediandos. Essa é a proposta desse instrumento de pacificação social: possibilitar que cada indivíduo resgate o protagonismo de sua vida, podendo decidir o que é melhor para si no caso concreto. Segundo Six (2001, p. 248), “não é o mediador, são os mediandos os primeiros atores de uma mediação. O mediador não pode agir se os mediandos não se portam realmente como partes ativas, se esperam dele a solução ou a resolução de seu conflito”. Ainda, para Six (2001), o poder de decisão e a liberdade andam conjugados, pois, por meio da efetiva decisão que cabe às partes, a liberdade de escolher o contorno de seu futuro vem à tona.

Segundo a entrevista realizada no Gabinete de Mediação do Fórum de Novo Hamburgo-RS, observa-se que essa é uma dificuldade enfrentada durante a mediação. A liberdade das partes, juntamente com o poder de decisão conferido a elas, representa uma mudança cultural para as pessoas envolvidas. A resolução do conflito pelas próprias partes é uma novidade, pois os mediandos esperam, muitas vezes, que um terceiro, alheio ao confronto, decida em seus lugares, acostumados que estão ao sistema tradicional do Poder Judiciário. Ser o protagonista do seu próprio futuro é algo inusitado para algumas pessoas. Por isso, elas precisam estar cientes das responsabilidades assumidas no decorrer da mediação.

O poder de decisão é dividido entre as partes conflitantes. Conforme Tartuce (2008), é necessário que o mediador oportunize as partes que o diálogo entre elas aconteça de forma saudável, podendo a comunicação acabar em acordo firmado pelos conflitantes. Portanto, conforme Cruz (2005, p. 271), “a mediação não é um processo impositivo, cabendo as partes envolvidas a responsabilidade de suas decisões”.

4.2.5 Princípio da Informalidade

A informalidade pressupõe um procedimento sem regras fixas. Segundo Tartuce (2008), o que importa é adotar uma postura adequada na busca da

pacificação dos conflitos. Não há uma forma exigível, pois a mediação vai se desenhando no desenrolar do diálogo entre as partes. O que precisa acontecer é a comunicação eficaz para que o acordo se torne viável, e, nesse ponto, há que se ressaltar que a informalidade destaca-se, pois propicia um ambiente favorável, de mais descontração e tranquilidade. No mesmo sentido, corrobora Sales (2003, p. 50) ao afirmar que “o processo de mediação é essencialmente informal. [...] Não há uma forma predeterminada, já que os objetivos desejados podem ser alcançados sem formalismos; deve haver simplicidade dos atos”.

Na dinâmica da mediação, por não haver regra exata a ser seguida, o processo funciona de acordo com o jeito de negociar das partes, pois essas darão rumo à sessão de mediação. Nesse sentido, Tartuce (2008) sustenta que a informalidade traz benefícios e agilidade à resolução do conflito. As partes se sentem mais à vontade e, por haver flexibilidade no procedimento, conseguem vislumbrar as possibilidades de acordo mais facilmente.

Nesse sentido, o número de encontros oferecidos durante a mediação pode variar conforme o caso concreto. De acordo com o Gabinete de Mediação entrevistado, o projeto dele prevê um limite máximo de seis sessões de mediação. Mas, normalmente o que ocorre na prática é a realização de uma a duas sessões por caso concreto que ali chega, demonstrando assim a agilidade do procedimento.

No entanto, a informalidade exige algumas condutas dos participantes do processo de mediação:

A mediação requer clareza, flexibilidade, concisão e simplicidade no seu procedimento e na linguagem de modo a atender a compreensão e as necessidades das partes que estão envolvidas. A informalidade da mediação permite a interação das partes, pois estas se sentem livres e tranquilas para expressar as angústias, os medos, a insegurança, enfim, serem verdadeiras com elas mesmas, sem nenhuma máscara ou papel para encenar (LUZ, 2005, p. 137).

Assim, a informalidade beneficia os envolvidos no conflito e faz da mediação uma maneira diferenciada de resolver problemas, pois cria um ambiente propício para a comunicação das partes, sem barreiras formalísticas que, por vezes, acabam atrapalhando o andamento de processos, burocratizando-os.

4.2.6 Princípio da Não-competitividade

Competitividade é a expressão usada para designar o sentimento de concorrer com outros indivíduos, isto é, disputar algo que interessa a duas partes com posições antagônicas. Na mediação, se quer o contrário disso: a não-competitividade, ou seja, um meio não-adversarial para a resolução de conflitos.

Os envolvidos no processo de mediação devem estar em condições de cooperação mútua:

Assim, não há competição na mediação, já que as pessoas conflitantes não são oponentes, não havendo a idéia de uma vencer a outra. Pelo contrário, na mediação as partes são vistas como solidárias e colaboradoras, possuindo um objetivo comum de tratar o conflito, encontrando uma solução satisfatória (CRUZ, 2005, p. 270).

A prática de co-gestão do conflito, entre as partes conflitantes e o mediador, é essencial para que o espírito competidor delas reste atenuado. Busca-se a neutralização das emoções, estimulando o pensamento racional, no qual os envolvidos efetivamente cooperem para o encontro de um acordo amigável.

Segundo Sales (2003), na mediação tem-se interesse em harmonizar as partes. Para isso, o mediador deve tentar amenizar os sentimentos negativos delas, mostrando que a pacificação feita entre elas trará bons resultados. Nesse sentido, a figura do mediador possui papel fundamental para a transformação do conflito negativo em positivo:

Sem esquecer que a terceira pessoa pode introduzir tempo na relação falsificada, ao mesmo tempo em que as coisas apodrecem, mas um tempo fértil; o tempo da razão, da reflexão suplementar em que nos abtemos de ceder ao impulso, à cólera, ao 'tudo por tudo' (SIX, 2001, p. 237).

Assim, a amenização dos sentimentos que estão aflorados nos indivíduos, deve acontecer ainda no início do processo de mediação, trabalhando-se de maneira a evitar que prejudiquem o andamento da sessão. As partes devem entender que as emoções podem atrapalhar o bom andamento da comunicação entre elas e, por conseqüência, a busca do acordo sobre o conflito.

Conforme Luz (2005), a abordagem positiva do conflito é fator importante. Nessa perspectiva, não há que se falar em partes oponentes, pois serão elas mesmas que, em conjunto, terão o poder decisório sobre sua divergência. Luz

(2005, p. 135) ressalta que “as pessoas mais interessadas para sua resolução são elas próprias, estão, portanto, caminhando lado a lado”.

Portanto, os princípios são norteadores do processo de mediação, uma vez que ela não possui regramento específico na legislação brasileira vigente. O que existe é um projeto de lei para instituir a mediação no Brasil como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Inicialmente, o Projeto de Lei foi encaminhado pela Deputada Zulaiê Cobra, sob o nº 4.827/1998, na Câmara de Deputados. Já tendo sido revisado pelo Senado Federal (PLC 94/2002), o projeto está arquivado desde abril de 2007 junto à Câmara de Deputados. O Projeto de Lei Substitutivo, elaborado pelo Senado Federal, encontra-se em Anexo, para que se possa ter conhecimento da intenção do legislador acerca da institucionalização da mediação no Brasil.

4.3 Objetivos da mediação

Conforme o entendimento de Braga Neto (2007), a mediação tem por objetivo maior atingir a satisfação das partes envolvidas, buscando o seu interesse e observando as suas necessidades essenciais no tocante ao conflito. Sales (2003) complementa essa idéia trazendo a percepção de que, no momento em que os envolvidos passam a entender a mediação, visualizam a possibilidade de resolução do conflito, e, chegando ao acordo, sentem que ela ultrapassa a simples solução, ajudando até a prevenir futuros conflitos.

Por isso, encontra-se dificuldade em delinear um único objetivo da mediação. Conforme Sales (2003), eles são vários: solução dos problemas, prevenção dos conflitos, inclusão social e paz social.

Para Sales (2003), a solução dos problemas é o objetivo mais óbvio da mediação. Ela é buscada por meio do restabelecimento da comunicação entre os conflitantes, possibilitando que eles próprios encontrem um acordo conveniente. Colares (2005, p. 92) explica que a solução é encontrada por meio da visão positiva do conflito: “Na mediação, o conflito é abordado e tratado de uma maneira construtiva e não como algo maligno e prejudicial, que deve ser evitado a qualquer preço”. No tocante à prevenção dos conflitos, Colares (2005) observa, também, que ela acontece ao natural, uma vez que os protagonistas na resolução são as próprias

partes que divergem no início da mediação. Em conseqüência, tem-se o desenvolvimento de uma cooperação entre as partes, um clima de harmonia e uma relação fortalecida para o futuro.

Com relação à inclusão social, Tartuce (2008) afirma que a participação dos indivíduos na busca de meios complementares de resolução de conflitos contribui para o desenvolvimento da sociedade. Além de haver mais celeridade e eficiência nesses meios, que são menos burocráticos, a solução construída em conjunto pelas partes propicia a realização pessoal dos envolvidos que percebem que, em esforço conjunto, podem encontrar soluções para seus problemas. Por conseguinte, o objetivo da paz social também é realizado em decorrência desses fatores. A pacificação social visa à satisfação das partes com a solução encontrada por elas, além de objetivar que o futuro seja tranqüilo, sem mais confrontos. Para Tartuce (2008, p. 230), “o cumprimento do acordo pactuado tem muito mais chance de ser efetivado do que a sentença imposta pelo magistrado, porquanto o ânimo das partes é completamente diverso quando a decisão se origina de sua vontade”. E, nesse contexto, o que se pode esperar é que a paz social perdure por mais tempo entre as partes, beneficiando também a sociedade.

Conforme Grinover (2007), os aspectos acima mencionados fazem parte do fundamento social da justiça conciliativa³⁵, pois, por meio da busca da pacificação social, esses instrumentos viabilizam a participação popular na administração da justiça. O maior diferencial é que a via tradicional impõe aos litigantes uma sentença, que deve ser cumprida; ao passo que, na mediação, por exemplo, a construção do acordo pelas partes objetiva principalmente o seu comportamento no futuro próximo, de modo que reste convencido aquilo que de fato é viável de ser cumprido. Ainda, há que se ressaltar o fato da jurisdição só poder analisar o que foi levado a juízo pelos interessados, conforme art. 128 CPC³⁶. Em contrapartida, na justiça conciliativa os aspectos que contornam a lide também podem ser discutidos e acertados.

³⁵ Para Grinover (2007), a justiça conciliativa consiste na mediação e na conciliação, representando instrumentos de resolução de conflitos.

³⁶ Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Em suma, é objetivo da mediação agilizar a resolução dos conflitos de forma amigável, além de encontrar um acordo em que ambas as partes sintam-se vencedoras. Nesse sentido, verifica-se a teoria do ganha/ganha:

No processo judicial, a solução é imposta pelo Estado-juiz. Trata-se de uma solução impositiva. Verifica-se, pois, uma ação de impor, de estabelecer, de obrigar, de infligir. [...] Quando muito, poderá acolher e rejeitar em parte. [...] Estar-se-á, pois, diante do que se costuma chamar de ganha/perde. [...] De outro lado, existem outros meios para solução de conflitos de interesses, e, com pouco de ousadia, entende-se que a solução a que se chega nos conflitos de interesses atende muito mais aos interesses das partes, já que se está diante do que se chama de teoria do ganha/ganha (RUIZ, 2005, p. 80-81).

Evidencia-se, pois, o ganho para ambos os pólos da situação conflituosa. Quando os envolvidos negociam acerca de possível solução que beneficie ambos, as possibilidades do acerto perdurar no tempo são maiores. Esse é mais um dos objetivos da mediação: o pensamento no futuro.

Nas questões de direito de família, esse aspecto é muito importante. A busca por uma solução realmente duradoura é o maior benefício que as partes podem ter, pois evitam mais desgastes em seus relacionamentos, deixando que o vínculo (apesar de estar rompido afetivamente) continue, ou se transforme em satisfatório.

Nesse sentido, retornando à mediação, pode-se dizer que ela ganha força uma vez que objetiva ser meio de resolução de conflitos de forma rápida, moderna e benéfica aos envolvidos:

A mediação é um dos métodos identificados como alternativos para resolução de conflitos. Possui suas origens em tempos antigos e, como tal, passou por uma adequação aos tempos modernos para atender à realidade de hoje, recebendo uma roupagem teórica baseada na prática dos dias atuais. Constitui-se fruto de uma tendência liberal em escala mundial, onde a retirada cada vez maior do Estado nos assuntos afetos aos interesses dos particulares. Resulta do reconhecimento da plenitude do cidadão como objeto de deveres e direitos, que por si só poderá melhor administrar, transformar ou resolver seus próprios conflitos. E é decorrente da constatação de que fórmulas tradicionais formais de resolução de controvérsias não mais satisfazem os usuários do sistema, que cada vez mais se envolvem em conflitos de distintas naturezas e formas diante da complexidade das inúmeras inter-relações existentes nos tempos pós-modernos (BRAGA NETO, 2007, p. 85).

A adequação entre procedimentos e realidade é fundamental. De nada adiante haver fórmulas tradicionais ultrapassadas. A mudança de concepção e as transformações sofridas pela sociedade, principalmente nas últimas décadas, pedem passagem para novas alternativas e novos paradigmas que possam corresponder às expectativas dos indivíduos. Esse é, em outras palavras, o objetivo da mediação.

4.4 A figura do mediador

A tarefa de compreender a função do mediador incide em considerável mudança na forma de pensar dos indivíduos. As transformações da sociedade exigem, cada vez mais, o constante aperfeiçoamento das técnicas e dos profissionais dispostos a interferir em conflitos. Na esfera familiar, as maneiras de intervenção devem ser ainda mais cautelosas, pois visa-se à continuidade das relações familiares, apesar da dissolução de suas estruturas. Nesse sentido, muito se discute acerca da figura do mediador, das atividades que desempenha e da sua qualificação para atuar na mediação.

Entende Sales (2003) que o mediador é aquela pessoa que conduz o procedimento de mediação, sendo neutro e imparcial, auxiliando no diálogo entre as partes, sempre objetivando que as mesmas consigam chegar a um denominador comum. Complementa, ainda, dizendo que o mediador ajuda na comunicação, entendendo os pontos controversos do impasse e identificando interesses comuns dos envolvidos. Nesse meio, é pessoa preparada para lidar com situações adversas e incomuns, trazendo a reflexão acerca do assunto debatido pelas partes opostas.

Para Moraes e Spengler (2008), recomenda-se que o mediador seja pessoa que atue com seriedade e comprometimento, imprescindíveis para bem desempenhar suas funções. Sobre os mediadores, Moraes e Spengler (2008, p. 160) explica que “utilizam-se de técnicas de manejo comportamental previamente programadas a fim de estimular as partes a participar efetiva e proveitosamente das atividades do processo objetivando obter uma decisão que realmente pacifique a discordância”.

Nesse contexto, Six (2001, p. 217) acrescenta que “a identidade do mediador não é uma identidade inata, mas adquirida”. Conforme ele, a dinâmica da mediação e a experiência dos casos concretos trazem ao mediador grande aprendizado, tornando-se cada vez mais capacitado e habilidoso em conduzir o procedimento. Por isso, no início da função de mediador, atua-se como co-mediador, auxiliando e observando outro profissional que já possua prática na mediação.

Outro aspecto relevante é demonstrar a diferença entre o mediador e os outros profissionais, atuantes nos demais meios de resolução de controvérsias, como a jurisdição, a negociação e a arbitragem:

Não é um juiz, pois não impõe um veredicto, mas como um juiz, deve ter o respeito das partes conquistado com sua atuação e imparcialidade. Não é um negociador que toma parte na negociação, com interesse direito nos resultados. Dependerá das partes a conclusão da mediação com um acordo ou não. Não é um árbitro que emite um laudo ou decisão. O mediador ainda que seja um experto no tema tratado, não pode dar assessoramento sobre o assunto em discussão. Ele cuida do relacionamento e da descoberta dos verdadeiros interesses reais de cada uma das partes (SILVA, 2004, p. 109).

Para Tartuce (2008), no desempenho das funções acima demonstradas, o mediador precisa superar resistências pessoais, desvencilhar as partes da sua visão radical do conflito e quebrar o grande antagonismo que existe entre elas. Inicialmente, o mediador deve apresentar a mediação às partes, fazendo com que as pessoas compreendam a dimensão do procedimento e os objetivos principais.

O mediador é, para Silva (2004, p. 109-110), “um terceiro neutral. Conduz sem decidir. É neutral em tudo o que seja esperado dele como intervenção na decisão; nessa condição deve fazer com que as partes participem ativamente na busca de melhores soluções”.

Porém, convém ressaltar que o mediador, apesar de não decidir nada, não é figura passiva no processo de mediação:

O mediador, portanto, é primeiramente alguém que faz comunicar, que faz passar uma corrente. Aquele que não tem este desejo primeiro de criar ligações não pode tornar-se um bom mediador no domínio em que habitualmente se situa o papel do mediador: o dos conflitos. Se alguém não tem inventividade suficiente e imaginação para criar ligações, como poderá ter a criatividade necessária para desembaraçar um conflito? E compreende-se que a terceira pessoa, em mediação, mesmo não intervindo como juiz ou árbitro, não é, no entanto, uma pura presença passiva (SIX, 2001, p. 236).

De fato, a interferência do mediador, no sentido de viabilizar o diálogo e o entendimento das partes, faz de si uma figura ativa no processo de mediação. Para Barbosa (2006, p. 65), “[...] o mediador é elemento ativo da dinâmica – é o terceiro incluído, aceito ou procurado pelos mediandos”. Ainda, conforme Morais e Spengler (2008, p. 162), o mediador deve ter em mente: “a manutenção do desenrolar processual, de forma justa e fiel aos princípios que regem seu trabalho e o instituto”. Sua busca constante é pela comunicação das partes, que poderão, ou não, entrar em acordo ao final da mediação.

Conforme Sales (2003, p. 84), diante da mediação, como uma nova maneira de resolver conflitos, busca-se a resposta para a seguinte pergunta: “quem teria o melhor perfil para ser mediador? Essa questão é muito controvertida”.

As divergências acerca do profissional apto para ser mediador provocam doutrinadores e estudiosos do assunto. Sales (2003) salienta que a divergência está, principalmente, no seguinte aspecto: para alguns a mediação, por ter como objeto o homem, deveria ser gerenciada por psicólogos, sociólogos e pedagogos. Para outros, a mediação, por ser meio de resolução de controvérsias, deveria ser conduzida por advogados. A polêmica é grande e termina sem conclusão afinada entre as duas correntes.

Ainda, há entendimentos de que o mediador pode ser qualquer profissional:

O ato de mediar conflitos (extrajudicialmente) independe da profissão do mediador, podendo ser ele médico, advogado, administrador, psicólogo ou exercer qualquer outro ofício, pois não é sua profissão que irá determinar a sua atuação como mediador e sim a sua qualificação. A identificação com a função de mediar é do ser humano individual e não do profissional (COLARES, 2005, p. 104).

Nesse ponto de vista, o que realmente importa é que o mediador tenha interesse em auxiliar indivíduos em conflito. Não se exige que ele seja um profissional de um só ramo da ciência, uma vez que o conflito precisa ser tratado pela ótica transdisciplinar. O mediador possui uma profissão diferenciada:

Em realidade, o mediador deve representar um novo profissional. Não pode agir estritamente como advogado, porque a hipótese não é de mera subsunção dos fatos às normas e também porque não pode ser parcial em sua atuação. Não pode agir como psicólogo porque a escuta não tem finalidade propriamente terapêutica, e, sim, didática. Não pode agir simplesmente como um médico que ouve e delimita um diagnóstico porque são as partes que definirão os contornos da controvérsia e as saídas para o impasse. Assim, o mediador fica em uma posição incômoda por não se encaixar no modelo de nenhuma das profissões existentes (VEZZULLA *apud* TARTUCE, 2008, p. 233).

O que acontece é que cada caso concreto exige uma visão diferente do conflito. Na análise de conflitos familiares, percebe-se a atuação de mediadores advogados, psicólogos, sociólogos e assistentes sociais. Esses profissionais, por estudarem as relações de família durante a sua formação específica, podem ser úteis no deslinde dos conflitos familiares.

Para Sales (2003, p. 84), a questão de saber qual o melhor profissional para assumir as funções de mediador não é algo unânime na doutrina. Cada país, com

seu ordenamento jurídico diferenciado e seus costumes locais, saberá melhor definir a respeito da figura do mediador. Reitera a doutrinadora que “essa resposta não é pacífica na doutrina brasileira ou na estrangeira”.

4.5 Mediação e direito de família

A família é o berço do nascimento dos cidadãos, lar das pessoas que se unem por amor e carinho; mas, também, pode ser o lar de pessoas que não se gostam mais, que entram em confronto, que alimentam as crises familiares. É uma verdadeira explosão de sentimentos e valores, os quais o próprio homem não consegue decifrar ou traduzir em palavras. Por isso, no momento de conflito, a ajuda de terceiros pode ser importante para propiciar novamente uma oportunidade de entendimento entre os familiares.

Conforme Ferreira e Motta (2007, p. 50), “a família é a pré-escola da vida [...] É o lugar onde são dadas as primeiras informações, estabelecidas as primeiras regras e os primeiros limites”. Assim, explicam Ferreira e Motta (2007) que, desde a infância, os indivíduos começam a criar o seu conhecimento tácito sobre as coisas, sendo esse conhecimento entendido como a transmissão que há entre as gerações, acerca dos seus valores, seus mitos, suas crenças, sua visão de mundo... E, mais tarde, essa gama de conhecimentos fará parte do jeito de ser da pessoa, influenciando suas relações com a sociedade e nas relações que estabelecer individualmente com alguém para a formação de uma família.

Para Ferreira e Motta (2007, p. 51), “a família é a primeira promulgadora de leis da vida do indivíduo”. Sendo que o grande desafio da mediação é, para Brito e Campos (2006), buscar o consenso, o equilíbrio emocional e interpessoal, nesse sentido, vislumbra-se a mediação como medida viável para a resolução dos conflitos surgidos no âmbito familiar. No direito de família, procura-se isso primeiramente entre os cônjuges, e, após, entre eles e seus filhos.

Com esse meio alternativo de resolução de controvérsias, surge um novo paradigma:

A mediação se apresenta como novo horizonte na busca da solução pacífica de conflitos, pois desperta a consciência dos pais sobre suas responsabilidades e libera a criança aprisionada no dentro desse confronto. É com a mediação que se restabelece a comunicação e o diálogo entre as partes. Motiva a flexibilidade e o equilíbrio para adaptação às novas

circunstâncias, tirando de 'pano de fundo' formatos negativos como a da agressão excessiva, da competição, do autoritarismo e do comportamento destrutivo (BRITO; CAMPOS, 2006, p. 293-294).

Assim, no direito de família, pode ser a mediação eficaz, pois incentiva a procura por um ambiente digno para o diálogo entre familiares.

Ruiz (2005) relata um exemplo para que se entenda melhor a dinâmica e o objetivo final da mediação. Expõe o caso de duas pequenas irmãs que discutiam por uma laranja, sendo que ambas a queriam. A mãe das meninas, cansada com as discussões das filhas, reparte a laranja cuidadosamente ao meio, para que nenhuma delas fique insatisfeita por ter ganhado um pedaço menor. À primeira vista, o caso estava resolvido, porém, as duas pequenas continuaram brigando por causa da laranja. Conversando com as filhas, para sua grande surpresa, a mãe descobriu que uma das meninas queria comer a laranja, e a outra queria a casca da fruta para temperar sua torta.

Diante do exemplo exposto, fica evidente que as soluções encontradas por terceiro nem sempre são as ideais ao caso concreto. É necessário escutar as partes e entender o que cada uma espera ao final do procedimento.

O direito de família é muito dinâmico, e os conflitos familiares são freqüentes. Neste contexto, segundo Silva (2004, p. 53), "a mediação em matéria de família tem por objeto a família em crise". Quando a entidade familiar sofre com algum problema em sua estrutura e seus membros ficam vulneráveis, a mediação pode oferecer ambiente confortável e com capacidade para ouvir todos os envolvidos no conflito. Nesse procedimento, a solução pode aparecer mais rapidamente e de forma menos onerosa. Tem-se esse meio de resolução como uma nova maneira de abordagem para casais, pais e filhos, irmãos, parentes, enfim, todos aqueles que possam estar ligados a determinado núcleo familiar.

A mediação no direito de família é bastante usada em situações envolvendo guarda de filhos, alimentos, separações e divórcios, preceituando que nesses casos:

[...] deve ter em vista o respeito à família e à cultura da sociedade na qual é adotada, pois assim como a família é o pilar da sociedade, a mediação vem em sua defesa e em seu fortalecimento, podendo-se estimular o seu valor para o exercício da cidadania (SILVA, 2004, p. 58).

A mediação familiar traz, enfim, aos envolvidos, uma sistemática diferente de resolver os atritos familiares, e possibilita, em alguns casos, a maior aproximação de

peças que até o momento não conseguiam mais manter um mínimo de convivência familiar decente.

O sucesso da mediação familiar está ligado, ainda, à atuação dos profissionais envolvidos:

A mudança de comportamento que se espera do profissional que agrega à sua ética profissional a ética da mediação é a necessidade de se envolver nos conflitos, com a devida distância, para se desenvolver no exercício de sua função, admitindo que os mediadores também são participantes da dinâmica da mediação. Este envolvimento deve ser suficientemente próximo para não ser distante da dinâmica e do sofrimento dos mediados; porém, suficientemente distante para não ser invasivo e tomar para si o drama que não lhe pertence. Enfim, este ponto ideal de envolvimento depende de muito autoconhecimento, e de conhecimento do conflito humano, na dinâmica familiar, de sistemas familiares; enfim, precisa de muito preparo e aprimoramento (BARBOSA, 2006, p. 65).

É pelo esforço conjunto que o resultado obtido pode ser aquele que de fato era esperado. A mediação tem seus alicerces baseados na cooperação entre os conflitantes e no auxílio do mediador, no sentido de propiciar um ambiente favorável ao diálogo, fonte inicial e final para o encontro do acordo.

4.5.1 Mediação e dissolução da entidade familiar

Contemporaneamente, as crises conjugais são corriqueiras. A vida agitada das pessoas, as transformações constantes da sociedade e a dinamicidade dos indivíduos têm propiciado um clima favorável para seguidos desentendimentos. Para Ferreira e Motta (2007, p. 199), “esse é um momento em que os membros da família necessitarão de todo o auxílio possível da rede social, desde a família extensa até os profissionais que, em função do ofício, entrem em contato com eles, nessa situação”.

Dentre as diversas espécies de crise dentro da estrutura familiar, fato que muito abala a estrutura afetiva da família é a separação conjugal:

As separações conjugais são uma das crises não-previsíveis mais freqüentes destes tempos. Elas estão se tornando crônicas e afetando, direta ou indiretamente, quase todas as famílias, na sociedade. Ora são as próprias famílias nucleares que se vêem atingidas por esse evento, ora são as famílias extensas que vêm as famílias de seus filhos desfazerem-se. E, em ambos os casos, o estresse é inevitável e o risco de perturbação no processo de desenvolvimento das crianças e adolescentes envolvidos é significativo (FERREIRA; MOTTA, 2007, p. 78).

A preocupação que surge é a perturbação causada nos membros da família, uma vez que a estrutura até então tida como base da vida para aquelas pessoas está sendo dissolvida em sua essência, pois há a separação dos idealizadores daquela família, que deixa de existir. É nesse contexto que entra o trabalho da mediação.

Conforme afirmam Ferreira e Motta (2007), a mediação familiar precisa tratar dos vínculos entre pais e filhos. Quando se procura proteger o vínculo do ex-casal, busca-se indiretamente o benefício dos filhos, pois os laços de pais e mães são eternos. Para Brito e Campos (2006, p. 291), “esse é o grande desafio, a verdadeira função do mediador, pois é ele quem vai buscar pontos de aproximação entre pais e filhos, e os ajuda a reorganizar uma nova vida”.

Conforme já demonstrado, a proteção integral aos filhos é princípio norteador do direito de família. Sustentam Brito e Campos (2006) que na dissolução da entidade familiar é fundamental a preservação do afeto e do amor com relação aos filhos, pois pai é pai, e mãe é mãe, e isso não pode ser modificado. Apesar da dissolução da vida conjugal do casal, a manutenção do bom relacionamento com os filhos é de suma importância. Os filhos não podem ser manipulados conforme interesses particulares dos pais, pois quando isso acontece o desgaste dos laços afetivos torna-se mais forte para os filhos, transpassando o limite ideal da separação, que deve afetar apenas o casal.

No tocante ao bom entendimento entre o ex-casal, a mediação apresenta-se como mecanismo de busca da comunicação efetiva entre as partes, fazendo com que elas compreendam que podem decidir sozinhas o rumo do impasse ora travado:

Por esse motivo, não parece razoável que pessoas que durante anos conviveram juntas e que, pelo menos por algum tempo, tenham-se amado, deixem que importantes decisões, como o futuro de seus filhos, sejam tomadas pelo Estado, através da figura do Juiz, em lugar de assumirem conjuntamente a responsabilidade de tais decisões (BRITO; CAMPOS, 2006, p. 299).

Nesse sentido, para Ferreira e Motta (2007), a mediação mostra-se menos dispendiosa e desgastante. Quando os familiares tomam a decisão sobre o assunto que os incomoda e perturba, a solução encontrada em conjunto por eles deve perdurar mais no tempo. Acrescentam Ferreira e Motta (2007, p. 164) que “na mediação, as pessoas são levadas a agir cooperativamente, diante de opções

realistas, e não fazer acusações desmedidas ou pleitos baseados unicamente em seu posicionamento pessoal”.

Brito e Campos (2006) sustentam que outro aspecto interessante é que as partes mantenham distância da tendência natural dos indivíduos de procurarem os culpados pelos fatos acontecidos. A mediação não busca culpados, pois seu objetivo é discutir o futuro, buscando de fato a responsabilidade que cada pessoa assumirá em virtude do acordo firmado pelos próprios conflitantes.

Por todo o exposto, é por meio da mediação que há a junção do conflito e da reflexão sobre a responsabilidade de cada envolvido na busca pela resolução da controvérsia.

Além da proteção aos separandos e seus filhos, na dissolução da entidade familiar, sempre há que se falar em bens.

Os bens são consequência decorrente da comunhão de vida do casal:

Todo casal que se divorcia tem alguma espécie de propriedade que precisa ser entendida, discutida e dividida. Mesmo casais que se separam depois de poucos meses têm presentes de casamento a considerar. O mediador precisa entender o que prevê a lei, porém não ser limitado por ela. Se fossemos limitados pela lei, a mediação se tornaria um processo que imporia aos clientes o mesmo resultado que um tribunal. No entanto, a mediação é um processo de poder que dá aos clientes o direito e a habilidade para determinar o que consideram justo para sua família (HAYNES; MARODIN, 1996, p. 80).

Nessa seara, conforme Haynes e Marodin (1996), o mediador deve solicitar que as partes identifiquem os bens, analisem e avaliem os mesmos, e, por fim, procedam à divisão deles, resolvendo o que deverá ficar com cada parte. Nesse momento, a função do mediador é auxiliar os envolvidos a fazer essa seleção, ajudando a criar opções e mediar a divisão. Deve-se acreditar no senso comum das partes, pois a separação dos bens feita pelos separandos passa pela valoração deles próprios, que melhor saberão conduzir a divisão de forma que ela fique aceitável e satisfatória para ambos.

Embora seja relevante, a questão dos bens não é o enfoque principal em mediação. Nela, busca-se, principalmente, resolver as questões atinentes à família, seus aspectos de convivência e relacionamento entre os indivíduos.

4.5.2 Mediação familiar e alimentos

Conforme Haynes e Marodin (1996, p. 79), “é obrigação de ambos os pais proverem o sustento de seus filhos. Não pode o pai guardião renunciar à pensão a que têm direito os filhos, ainda que dela não precisem”. De fato, é o que elenca a legislação brasileira no art. 1.694, CC³⁷, quando prevê o direito aos alimentos³⁸ e a sua cobrança entre os familiares.

Procurando o razoável, a mediação auxilia a delimitar o binômio possibilidade X necessidade³⁹ em que o foco da discussão é o *quantum* que deve ser pago pelo responsável pela pensão. Para Haynes e Marodin (1996), a mediação serve para esclarecer o orçamento dos pais e analisar a capacidade que cada um deles têm para pagamento de sua parte, com relação às despesas necessárias para o desenvolvimento digno de seus filhos. Na sessão de mediação, o diálogo acerca das receitas e despesas de cada indivíduo é conduzido pelo mediador, de forma que as partes conflitantes possam encontrar uma solução que seja justa para o filho e viável ao bolso de quem fica comprometido com o pagamento da pensão alimentar.

Durante a mediação, os aspectos da pensão alimentícia serão tratados pelo ex-casal. Segundo Ferreira e Motta (2007), primeiramente será definido o responsável pela pensão, em detrimento da questão da guarda (pois aquele que terá a criança em sua companhia já estará dispensando gastos automaticamente). Dando continuidade, as despesas precisam ser estudadas de forma ampla, incluindo na conversa assuntos como médico, hospital, educação, dentista, psicólogo, lazer, vestuário, alimentação, etc. Desse modo, afirmam Ferreira e Motta (2007, p. 113)

³⁷ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

³⁸ Conforme Thomé (2007) em sentido geral os alimentos são abrangentes, pois compreendem a saúde, alimentação, vestuário, habitação, estudo, lazer.

A obrigação alimentar caracteriza a família moderna. É uma manifestação de solidariedade econômica que existe em vida entre os membros de um mesmo grupo [...]. É um dever mútuo e recíproco entre descendentes e ascendentes e entre irmãos, em virtude do qual os que têm recursos devem fornecer alimentos, em natureza ou dinheiro, para sustento dos parentes que não tenham bens, não podendo prover pelo seu trabalho a própria manutenção (WALD, 2002, p. 41).

³⁹ Conforme Diniz (2004) a necessidade do alimentando reflete-se na impossibilidade de prover sua subsistência pelo seu próprio trabalho, ou pelo trabalho de seu responsável, no caso específico de pais separados. Com relação à possibilidade do alimentante, deve-se considerar que o mesmo cumpra seu dever sem prejudicar totalmente o seu próprio sustento.

que “[...] independentemente da separação, os filhos dependentes precisam continuar a ser mantidos”.

A utilização de mediação ao invés dos meios coercitivos legais é uma via complementar, não tirando o poder de excoerutoriedade perante o Poder Judiciário, conforme se constata:

O credor dos alimentos dispõe de mecanismos legais para ver satisfeito o seu crédito. As normas processuais vinculam e responsabilizam o patrimônio do devedor, inclusive com a possibilidade de restringir sua liberdade, decretando a prisão civil, que não tem caráter criminal, mas sim caráter executivo, sendo utilizado como meio coercitivo para compelir o pagamento dos alimentos devidos. [...] As técnicas de mediação podem auxiliar o poder judiciário e o credor na busca da satisfação de seu crédito alimentar. Para isso, em termos legais, a mediação nas ações de execução de alimento apóia-se no preceito do artigo 599⁴⁰ do Código de Processo Civil, localizado no Capítulo V, das disposições gerais, que prevê ao juiz a possibilidade, a qualquer momento da execução, de ordenar o comparecimento das partes (THOMÉ, 2007, p. 424).

Percebe-se, pois, a importância do trabalho em conjunto entre os meios de resolução de controvérsias. A busca pela solução pode aparecer numa sessão de mediação que ocorra dentro do processo judicial, pois, de acordo com Thomé (2007, p. 424), “a mediação pode ser utilizada privilegiando o mútuo consenso entre os litigantes e utilizada dentro da estrutura estatal”. No mesmo sentido está disposto o art. 3º do ECA⁴¹, que autoriza o emprego da lei e de outros meios para que a finalidade maior seja atingida: a proteção integral dos menores.

A respeito dos alimentos, é importante ressaltar que na mediação podem ser tratados também casos de separandos que não possuem filhos. A mediação pode ser escolhida por ex-casais que queiram acertar apenas questões patrimoniais, a exemplo da pensão alimentícia entre ex-cônjuges.

⁴⁰ Art. 599. O juiz pode, em qualquer momento do processo:
I - ordenar o comparecimento das partes.

⁴¹ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

4.5.3 Mediação familiar e guarda

O objetivo da mediação nas questões de guarda⁴² é determinar como será conduzida a vida dos pais e dos filhos depois da dissolução da entidade familiar. Para Haynes e Marodin (1996), esse é o momento chamado de parentalidade futura, pois há que se determinar as decisões que afetam a criação dos filhos: sua residência, relacionamentos com pai e mãe, acesso a cada um dos pais e visitação, dentre outros.

Na mediação, a questão da guarda pode ser decidida pelos pais de acordo com a melhor conveniência para o contato entre os familiares, e sempre pensando no bem estar dos filhos. Haynes e Marodin (1996) explicam que em detrimento das mudanças sociais, um aspecto muito importante que mudou para melhor foi a maior participação que os pais têm em desempenhar seu papel ativo depois da separação. Segundo Haynes e Marodin (1996, p. 100), “estas mudanças vêm despertando um interesse maior pela parentalidade compartilhada (custódia conjunta) [...]”.⁴³

Nesse contexto, é papel do mediador apresentar as diferentes possibilidades da guarda aos envolvidos. Conforme Brito e Campos (2006), é viável essa procura por meios alternativos, como a mediação, para que se encontre uma solução que cause menos sofrimento aos familiares. No caso da guarda, entendem Brito e Campos (2006, p. 299) que “quando os pais não conseguem chegar a um acordo e recorrem ao Judiciário, algumas questões são resolvidas quase que mecanicamente, segundo uma fórmula padrão de visitação”. Isso precisa ser levado em conta: a mediação acredita que os protagonistas de decisões tão importantes devem ser os membros da família, e não um terceiro alheio ao caso e aos

⁴² A guarda pode ser explicada pela redação do Art. 33, ECA:

Art. 33 - A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

⁴³ No direito brasileiro a guarda compartilhada é uma conquista recente. Com o advento da lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, os pais podem estipular que cuidarão dos filhos conjuntamente, sem regras rígidas com relação à visitação e encontros entre pais e filhos. Conforme o artigo 1.583, §1º, CC consiste a guarda compartilhada na responsabilização conjunta e no exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

sentimentos envolvidos em tal relação. Por exemplo, na questão das visitas entre pais e filhos, quem sabem o que é melhor são eles mesmos.

Outro aspecto a ser estudado é a formação de novas famílias e a interação dos membros da antiga família e da nova estrutura familiar vivenciada pelo ex-casal:

Nesses novos casamentos, as responsabilidades de cuidar dos filhos dele e dos filhos dela devem estar distribuídas de maneira que não exclua ou combata a influência dos pais biológicos. Cada cônjuge, em conjunto com seu ex-cônjuge, deve assumir responsabilidade primária por criar ou disciplinar seus filhos biológicos. Os novos cônjuges devem ser cooperadores, nesse sentido (FERREIRA; MOTTA, 2007, p. 128).

Os participantes dessas estruturas precisam entender que a formação de novas famílias não irá mudar a questão dos laços anteriores entre pais e filhos. Conforme Haynes e Marodin (1996), a mediação serve, também, para os filhos. Se os pais concordarem em levá-los a uma sessão, poderá ser explicado a eles o que está acontecendo, sempre com o apoio do mediador. Aqui, é dever do mediador abordar alguns aspectos relevantes, como a questão dos filhos não serem culpados pela separação; que os pais, mesmo separados, continuam amando os filhos; e, principalmente, que os filhos não precisam escolher entre os pais. A convivência será delimitada pelo tipo de guarda⁴⁴ escolhida pela família, mas, com o auxílio da mediação, buscar-se-á uma maneira de satisfazer pais e, fundamentalmente, o interesse dos filhos.

A guarda é um direito inerente ao poder familiar, mas também deve respeitar o melhor interesse do filho:

Conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda é um dever de assistência educacional, material e moral, a ser cumprido no interesse e em proveito do filho menor, garantindo-lhe a sobrevivência física e o pelo desenvolvimento psíquico. É um poder-dever exercido no interesse da prole. Com a separação consensual, os pais decidem com quem ficam os filhos menores ou maiores incapazes, restando ao juiz apenas homologar

⁴⁴ Os tipos de guarda estão elencados e explicados no art. 1.583, CC:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

esse acordo. Não há interferência do Estado nesses casos, a menos que alguma das decisões tomadas possa não resguardar o melhor interesse do menor (BRITO; CAMPOS, 2006, p. 296).

Conforme Haynes e Marodin (1996), educando os pais nesse sentido, a mediação pode ser útil para elucidar sobre o desenvolvimento e as necessidades dos filhos no futuro. A condução acertada da guarda e o consenso no momento da separação são fatores de sucesso para a nova estrutura familiar e as relações decorrentes dela.

4.6 O acordo na mediação e sua efetividade

O acordo entre os conflitantes é o ideal buscado durante o processo de mediação. A mediação tem por objetivo a solução dos conflitos e a sua prevenção no futuro, gerando a pacificação entre as partes. Nesse sentido, o acordo é essencial para os mediandos, que precisam de algo concreto para delimitar a responsabilidade de cada qual perante o outro.

O acordo é diferente em cada caso, ou seja, não há como se impor uma regra para os acordos firmados:

Clientes diferentes precisam de diferentes tipos de acordos. Enquanto a maioria das pessoas prefere fórmulas que possam ser aplicadas a situações futuras quando estas surgirem, outras famílias precisam de um acordo que explicita cada ponto. No último caso, a mediadora deve assegurar-se de que o acordo seja escrito detalhadamente (HAYNES; MARODIN, 1996, p. 112).

Por isso, conforme sustentam Haynes e Marodin (1996), os acordos devem ser flexíveis, não havendo um modelo rígido a ser seguido, mas, ao mesmo tempo, devem ser bem estruturados, não deixando dúvidas e omissões acerca dos termos neles firmados.

Conforme Ferreira e Motta (2007), após as partes terem chegado a um acordo comum, esse deve ser redigido pelo mediador, de forma clara e simples. A redação dele poderá ocorrer na própria sessão de mediação, ou mais tarde, sendo levado ao conhecimento posterior dos mediandos. A informalidade é decorrente do processo de mediação, que visa à facilitação do entendimento das partes, tanto que não é exigida uma escrita em termos técnicos ou jurídicos. Para Bacellar (2003, p.

203), “não se pode esquecer que o acordo se dirige às partes envolvidas e por isso deve ser o mais simples possível, principalmente quando as partes assim são”.

Segundo Haynes e Marodin (1996), na mediação esse acordo é chamado de termo de entendimento, pelo qual fica detalhado o que foi definido entre as partes, de forma simplificada, transparente e coerente, devendo uma cópia ser entregue a cada participante do processo de mediação.

Sobre o termo de entendimento é possível vislumbrar que:

Uma vez que o casal tenha chegado a um entendimento sobre as questões de pensão, divisão de bens e parentalidade, a mediadora redige o termo de entendimento (TE) explicando todos os acordos. O termo é escrito em linguagem simples, para que o conteúdo seja claramente entendido. Ele explica o que os clientes acordaram e, quando for apropriado, por que fizeram o acordo (HAYNES; MARODIN, 1996, p. 156).

Assim, percebe-se que o termo de entendimento deverá versar sobre todos os pontos em que houve resolução da controvérsia, encontrada pelas partes envolvidas. Para Ávila (2004, p. 62, texto digital), “a redação final do acordo é, pois, o fruto do que o casal conseguiu decidir de forma civilizada, por intermédio da mediação, o que não parecia possível antes do início do processo”.

Diante do exposto, é importante a análise da validade do acordo firmado na mediação. Percebe-se que a sua formalização não é obrigatória:

Torna-se oportuno ressaltar que o fato de se formalizar o acordo alcançado através da mediação para que este possua validade jurídica é fruto da cultura processual brasileira. Diz-se isto porque, na mediação, o conflito é tratado e efetivamente resolvido e, já que a decisão deriva da vontade livre e consciente das pessoas envolvidas, o acordo é cumprido espontaneamente, não havendo assim necessidade de formalização do acordo (SALES, 2003, p. 61).

De fato, os mediandos têm o direito de escolher se querem ou não formalizar seu acordo via judicial:

O acordo resultante do processo de mediação pode ou não ter força executiva. Na mediação em que as partes resolvem o conflito independentemente de uma homologação de acordo ou de redução do acordo a termo assinado pelas partes e por duas testemunhas, esse acordo não possui força executiva. Nada impede, no entanto, que o acordo realizado na mediação seja homologado pelo Poder Judiciário ou reduzido a termo, sendo assinado pelas partes e duas testemunhas, caracterizando, assim, título executivo extrajudicial (art. 585, II do CPC) (SALES, 2003, p. 41).

Percebe-se que a liberdade das partes continua permeando a mediação, até mesmo no momento do acordo firmado entre elas. No entanto, segundo Sales (2003), na prática, os centros de mediação têm formalizado os acordos realizados, dando a eles força de título executivo extrajudicial. Isso ocorre quando o acordo é reduzido a termo, assinado pelas partes e duas testemunhas, conforme o art. 585, II, CPC⁴⁵, de modo que o acordo formalizado já gera direitos e obrigações para as partes que o formularam.

Na formalização do acordo via termo assinado pelas partes e testemunhas, faz-se uma ressalva quanto aos direitos indisponíveis. Conforme Santos (2007), sabe-se que os direitos indisponíveis⁴⁶ dizem respeito a aspectos que são irrenunciáveis pelo indivíduo, vinculados que estão ao estado e à capacidade da pessoa. Por isso, nesses casos, a formalização do acordo de mediação necessita da homologação judicial. Em outras questões, envolvendo apenas o patrimônio ou questões de valores e bens a serem acertados entre familiares, pode subsistir apenas a efetivação via termo assinado pelos envolvidos e duas testemunhas, caracterizando-se o título executivo extrajudicial.

Tendo sido feita a devida ressalva, é possível levar o termo de entendimento para a homologação do Poder Judiciário. Conforme Ruiz (2005), as partes devem contratar um advogado que leve o acordo à homologação judicial, observando, para isso, as exigências das regras de processo civil vigentes. Mesmo nesse caso, a mediação foi de extrema utilidade, pois, ao advogado e ao Poder Judiciário, restou apenas dar validade ao que já foi decidido e aceito pelas partes, uma vez que elas foram protagonistas da decisão.

Quando a mediação acontece previamente à propositura da ação, segundo Haynes e Marodin (1996, p. 156), “os cônjuges levam o termo de entendimento a seus respectivos advogados para revisão e adequação jurídico-legal”. Por meio do estudo desse acordo, o advogado analisa o que deve conter a petição inicial dirigida ao Poder Judiciário para posterior homologação do acordado. Conforme Haynes e

⁴⁵ Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores.

⁴⁶ Vide subtítulo da conciliação, no segundo capítulo desta monografia, na qual os direitos indisponíveis já foram explicados mais detalhadamente.

Marodin (1996, p. 156), “o advogado precisa saber a natureza precisa dos acordos, o material de apoio em que estão baseados e os motivos das decisões”.

Conforme já foi exposto anteriormente, a adoção dessa prática é relevante nas questões que envolvam direitos indisponíveis e também quando há interesses de crianças e adolescentes incapazes. Ainda, ressalta-se que, quando o magistrado indeferir a homologação do acordo, as partes podem utilizar-se do recurso de apelação para tentar validar o termo de entendimento que conjuntamente pactuaram.

Por fim, quando a mediação ocorre dentro do processo judicial, por indicação do magistrado às partes, a homologação do termo de entendimento se dá nos próprios autos. Em ambos os casos, de mediação prévia com homologação judicial posterior e de mediação intrajudicial, o acordo terá validade de título executivo judicial, com fulcro no art. 475-N, V, CPC.⁴⁷

Assim, tanto na mediação extrajudicial, como na mediação intrajudicial, de qualquer modo o acordo firmado na mediação será passível de execução, conforme as regras do processo civil.

⁴⁷ Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:

V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A organização dos seres humanos em sociedade condiciona os grupos a viverem sob a égide de seus ordenamentos jurídicos. A criação das normas surge para a delimitação dos direitos e deveres dos seres humanos, visando sempre à pacificação social e ao bem-estar dos indivíduos de determinada sociedade.

A partir do descumprimento das normas, ocorre o desequilíbrio das relações entre partes envolvidas, instaurando-se uma situação de desconforto entre elas. É o que se chama de conflito.

Para a resolução desse conflito entravado entre partes, que divergem acerca de determinado assunto, por muitas vezes, é necessária a intervenção de terceiros para que elas possam dirimir suas pendências.

A partir do presente trabalho, pode-se concluir que, de fato, as pessoas necessitam de apoio especializado para ajudar na resolução de seus problemas, uma vez que colocam o conflito sobre um pedestal, esquecendo de outros valores importantes em suas vidas, deixando que a sua face beligerante venha à tona, não sendo mais possível a resolução do conflito de forma amigável, sem a ajuda de um profissional.

Com o estudo da família no primeiro capítulo desta monografia, conclui-se que ela sofreu várias mudanças em decorrência da constante evolução da humanidade. Não há como desvencilhar o avanço das descobertas do homem em questões tecnológicas, de saúde e de trabalho com as causas e conseqüências dos relacionamentos neste tempo estabelecidos.

O reflexo dos relacionamentos conturbados e fugazes que se observam atualmente decorre do mundo globalizado e mutante no qual se vive. Ainda, pode-se dizer que os reflexos da evolução da família e de seu conceito fizeram os homens reverem suas práticas cotidianas com relação a essas modificações, e, por conseqüência, se possibilitou uma maior diversidade nos rumos das estruturas familiares da atualidade. Percebe-se que a família tem a proteção da sociedade independente de ser criada a partir dos moldes legais ou, simplesmente, por meio das relações de afeto, mesmo contrariando, por vezes, a legislação vigente. A família é considerada sem limites de fronteira, sendo que é aceita pelo relacionamento de afeto entre os seus membros.

A monografia aborda, também, a questão do acesso à justiça. Nesse aspecto, percebe-se que a justiça é algo que se relaciona com o tempo histórico de cada civilização e também com as maneiras e costumes de cada povo. Assim, em cada momento da civilização, os ideais de justiça podem ser concebidos de forma diferente, tanto pelo tempo histórico vivenciado, assim como pela cultura de determinado grupo social. Dito isso, há que se refletir acerca do que clama a sociedade brasileira. Cada vez mais se observa que maneiras alternativas de pensar a sociedade se propagam, gerando uma luta para que modelos rotulados dêem espaço a novas maneiras de gerenciar a sociedade. Não se quer, com isso, acabar com o método tradicional, mas abrir as fronteiras do pensamento, buscando maneiras de complementar a prestação jurisdicional oferecida pelo Estado-Juiz.

Posteriormente, ressalta-se que com o estudo dos meios de resolução de controvérsias, no segundo capítulo da presente monografia, vislumbra-se que o acesso à justiça não pode ser um sistema fechado, vinculado apenas à prestação jurisdicional por parte do Estado, de forma a negar ajuda aos métodos complementares que também podem prestar esse serviço à sociedade. Atualmente, percebe-se que no Brasil esse movimento extrajudicial ainda é tímido se comparado com a evolução em que esses mesmos meios alternativos permeiam a prestação jurisdicional de outros países.

Pela pesquisa realizada acerca da negociação, conciliação e arbitragem, conclui-se que todos esses meios podem ser eficazes no controle de conflitos instaurados entre partes. Porém, há que se analisar o caso concreto e identificar qual deles será o que melhor poderá auxiliar na resolução do problema apresentado.

Ainda, evidenciam-se detalhes interessantes acerca dos institutos mencionados, uma vez que cada um deles apresenta suas peculiaridades, que também precisam ser observadas no momento da escolha pelo meio mais adequado.

Após, a partir do estudo específico da mediação, conclui-se que esse procedimento é viável e aplicável aos conflitos familiares. Com base nas considerações feitas sobre a família, seus problemas, as formas de intervenção e a ética dos profissionais envolvidos, percebe-se que a mediação atende satisfatoriamente a todos esses requisitos.

A família necessita de um enfoque transdisciplinar, no qual o melhor de cada profissional envolvido deve ser explorado, assim como o melhor de cada indivíduo envolvido precisa ser descoberto, mostrando às pessoas que elas mesmas são capazes de buscar a solução para o conflito que travaram com algum familiar. A possibilidade da comunicação entre partes ser restabelecida é um grande ganho para os envolvidos, que, por meio desse canal de comunicação, sentem que podem ser protagonistas da decisão que tanto esperam para o conflito.

Nessa seara, vislumbra-se que a mediação é meio alternativo de solução de conflitos, que no direito de família muito bem se enquadra por suas características e pelas técnicas desenvolvidas durante o processo de mediação.

A mediação apresenta-se, pois, como uma ferramenta útil na intervenção de conflitos familiares. Seus princípios apresentam-se como o norte de todo o procedimento de mediação, que deve ser entrelaçado, principalmente, pela imparcialidade e competência do mediador; confidencialidade dos assuntos tratados nas sessões de mediação, tanto pelo mediador como pelas partes envolvidas, que devem se comprometer com o sigilo das informações, preservando o procedimento e o bom andamento na busca pelo acordo; liberdade das partes em submeter-se ao processo de mediação, uma vez que ele não tem por característica a obrigatoriedade; poder de decisão dos envolvidos, pois a mediação tem por finalidade obter o acordo a partir do diálogo e do consenso entre os conflitantes, não sendo o mediador quem decide; não-competitividade, demonstrando que o processo de mediação é uma técnica de resolução de conflitos não-adversarial, no qual os envolvidos devem entender que sua participação efetiva e colaborativa é fundamental para a obtenção de um acordo satisfatório para os envolvidos; e, finalmente, a informalidade, que permeia todo o processo de mediação, desde a não

obrigatoriedade do meio, até as sessões de mediação, o local escolhido para as reuniões, e um procedimento sem regras fixas, sendo flexível e adaptável conforme o interesse dos mediandos.

Ainda, a mediação pode ser um meio usado pelas partes para resolverem seus conflitos de forma mais simples e rápida com o auxílio de terceiro, neutro às proposições e negociações estabelecidas pelas mesmas. Com mais agilidade e um pouco de bom senso por parte dos participantes, tem-se ótimos resultados, nos quais ambas as partes podem negociar a solução mais adequada ao seu caso.

Quando se juntam todas as informações trazidas durante esta monografia, percebe-se o quanto é amplo pensar em maneiras diferenciadas de efetivar a prestação da justiça e dos interesses dos cidadãos. Necessita-se fazer um estudo transdisciplinar e aprofundado sobre as questões que envolvem o ideal que se pretende demonstrar por meio da pesquisa.

Assim, após problematizar a complexidade das relações familiares e os momentos de conflito em sua estrutura, buscou-se, efetivamente, demonstrar que não é apenas com o Poder Judiciário que as soluções para as controvérsias serão encontradas. No entanto, adverte-se que em nenhum momento do presente trabalho procurou-se dizer que o meio tradicional não deva ser utilizado. Ao contrário, buscou-se analisar que a utilização de métodos complementares de resolução de conflitos é possível, principalmente por meio da mediação em conflitos familiares, foco central da pesquisa. Ainda, conclui-se que em caso de não lograr êxito com o meio alternativo, o trabalho do Poder Judiciário sempre será a via constitucional garantida para todos os cidadãos, uma vez que todos têm o direito de apreciação de lesões ou ameaças aos seus direitos pelo Estado-Juiz.

Finalmente, pode-se afirmar que, ao realizar a presente monografia, o que se leva para a vida toda é a certeza de que os operadores jurídicos devem ter em mente que sua principal missão como especialistas na solução de controvérsias é a pacificação entre os conflitantes, isto é, a busca constante por um resultado satisfatório aos envolvidos. A cultura de pacificação social deve estar enraizada, e, no tocante aos conflitos familiares, que ora foram analisados, deve-se buscar a construção e a reconstrução dos projetos familiares das pessoas envolvidas no conflito. Eis uma missão muito importante e fundamental para o bem-estar da sociedade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Relatório de Atividades do TJSC/2007**. 2007. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/estatistico/2007/relatorio_tjsc_2007.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2009.

AGUIAR, Roberto A. R. de. **O que é justiça: uma abordagem dialética**. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1987.

ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida; CHRISTMANN, Martha Ochsenhofer. **Ética e direito: uma perspectiva integrada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ALMEIDA, Maria da Conceição de. Cumplicidade, Complexidade, (Com)Paixão. In: _____. *et al.* **Ética, solidariedade e complexidade**. São Paulo: Palas Athena, 1998.

ÁVILA, Eliedite Mattos. **Mediação Familiar: formação de base**. 2004. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/institucional/mediacaofamiliar/apostila.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2009.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARBOSA, Águida Arruda. Prática da mediação: ética profissional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e dignidade humana / V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p.55-67.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; MUNIZ, Joaquim de Paiva. Projeto de Lei de Mediação Obrigatória e a busca da pacificação social. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 4, n. 13, p. 38-57, abr./jun.2007.

BRAGA NETO, Adolfo. Aspectos relevantes sobre mediação de conflitos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 4, n. 15, p. 85-101, out./dez. 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.**

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 08 mar. 2009.

_____. Decreto Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.** Brasília, DF 04. set. 1942. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del4657.htm>>. Acesso em: 24 mar. 2009.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil.** Brasília, DF 11. jan. 1973. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm>>. Acesso em: 24 mar. 2009.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Brasília, DF 13. jul. 1990. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 05 abr. 2009.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem.** Brasília, DF 23. set. 1996. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em 25 mar. 2009.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Brasília, DF 10. jan. 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 mar. 2009.

_____. Projeto de Lei da Câmara nº 94/2002, de 12 de dezembro de 2002.

Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Brasília, DF, jun. 2006. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getPDF.asp?t=24600>>. Acesso em: 12 abr. 2009.

BRITO, Enrica Gentilezza de; CAMPOS, Argene. O papel da mediação no direito de família: separação e guarda compartilhada. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais.** Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 291-324.

BRUNO, Denise Duarte. Balizando sociologicamente a questão ética nos litígios de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais.** Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 495-507.

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa.** São Paulo: FTD : LISA, 1996.

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

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CARVALHAL, Eugenio do *et al.* **Negociação e administração de conflitos**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

CHEMIN, Beatris F. (Org.). **Guia prático da Univates para trabalhos acadêmicos**. Lajeado: Univates, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

COLARES, Elizabeth Fialho. Mediação de conflitos – um mecanismo de acesso à justiça. In: SALES, Lília Maria de Moraes (Org.). **Estudos sobre a Efetivação do Direito na Atualidade**: a cidadania em debate. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005. p. 80-111.

CRUZ, Sáslya Narjara Gurjel da. O estudo da mediação: uma análise principiológica. In: SALES, Lília Maria de Moraes (Org.). **Estudos sobre a Efetivação do Direito na Atualidade**: a cidadania em debate. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005. p. 260-287.

DIAS, Maria Berenice. A ética na jurisdição de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 57-66.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 5**: direito de família. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERREIRA, Cezar; MOTTA, Verônica A. da. **Família, separação e mediação**: uma visão psicojurídica. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

FERREIRA, Gonzaga. **Negociação**: como usar a inteligência e a racionalidade. São Paulo: Atlas, 2008.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Arbitragem**: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIGUEIRAS, Fernanda Louro. Aspectos constitucionais da união de pessoas do mesmo sexo. In: DONADEL, Adriane; PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Tendências constitucionais no Direito de Família**: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 103-116.

FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Separação de fato e ética no Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 73-99.

GOMES, Fábio Luiz. Da ação. In: _____; SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Teoria Geral do Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 90-136.

GRACIE, Ellen. A importância da arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 4, n. 12, p. 13-17, jan./mar. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça conciliativa. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 4, n. 14, p. 16-21, jul./set. 2007.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A mediação como instrumento eficaz na solução dos conflitos de família. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 9, n. 50, p. 43-51, out./nov. 2008.

HAYNES, John M; MARODIN, Marilene. **Fundamentos da mediação familiar**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

IBGE. **Séries estatísticas e Séries históricas**. s/d. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/series_estatisticas/tema.php?idtema=12>. Acesso em: 27 mar. 2009.

KELSEN, Hans. **O que é justiça? : a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAZARTE, Leonardo. Ecologia cognitiva na sociedade da informação. **Ciência da Informação**, Brasília, v. 29, n. 2, p. 43-51, maio/ago. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19652000000200006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 17 mar. 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A mediação nos processos de família ou um meio de reduzir o litígio em favor do consenso. In: _____. **Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 105-141.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUZ, Jovanka da. Gandhi e Mediação: os princípios da não-violência, da justiça e do amor. In: SALES, Lília Maria de Moraes (Org.). **Estudos sobre a Efetivação do Direito na Atualidade: a Cidadania em Debate**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005. p. 112-141.

MACEDO JR., Francisco Luiz; ANDRADE, Antonio Marcelo Rogoski. **Manual de Conciliação**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em trono de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.61-87.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 4. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2001.

MOURÃO, Figueiredo; SILVA, Alessandra Nascimento. **Técnicas de negociação para advogados**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOVAES, Maria Helena. A convivência entre as gerações e o contexto sócio cultural. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 215-230.

NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OKOGBULE, Nlerum S. O acesso à justiça e a proteção aos direitos humanos na Nigéria: problemas e perspectivas. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**. v. 2, n. 3, dez. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452005000200007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 24 mar. 2009.

PALMA, Rúbia. **Famílias monoparentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família do século XXI. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 231-239.

PEREIRA, Tânia da Silva. A adoção e o novo código civil: adequação à Carta Magna e às normas internacionais. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 259-291.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

RIBEIRO, Pedro Barbosa; RIBEIRO, Paula M. C. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação e o direito de família. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 75-105, jul./set. 2005.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Mediare: um guia prático para mediadores**. 2. ed. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **A atuação do juiz no direito processual civil moderno**. São Paulo: Atlas, 2008.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil, v. 3: procedimentos especiais codificados e da legislação esparsa, jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, mediação e conciliação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade: Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 17-37.

SILVA, João Roberto da. **A mediação e o processo de mediação**. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte. Família constitucional, separação litigiosa e culpa. In: DONADEL, Adriane; PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Tendências constitucionais no Direito de Família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 117-126.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. A mediação aplicada às ações de execução de alimentos. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto; TESHEINER, José Maria Rosa. **Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil**: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 419-431.

VASCONCELOS, Eduardo Mourão. **Complexidade e pesquisa interdisciplinar**: epistemologia e metodologia operativa. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

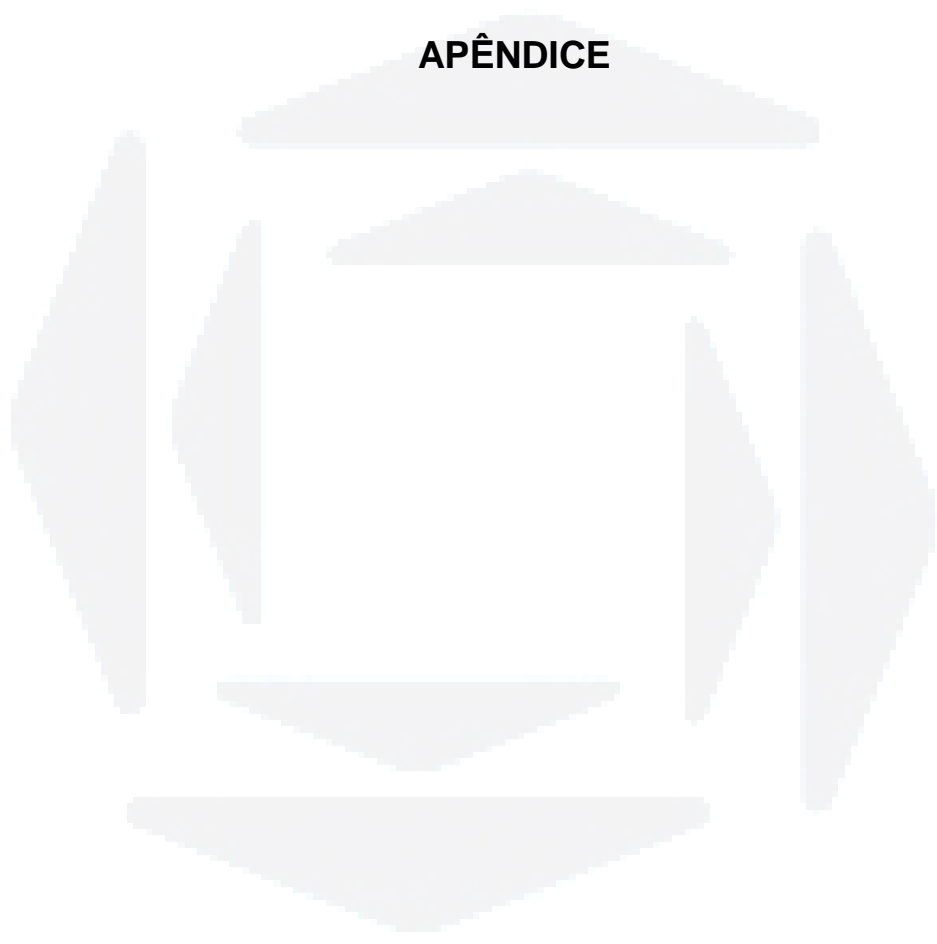
VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.) **Curso Avançado de Processo Civil, v.1**: teoria geral do processo de conhecimento. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

APÊNDICE



APÊNDICE - Entrevista com mediadora atuante no Gabinete de Mediação de Novo Hamburgo – RS.

Data da Realização da entrevista: 31/03/2009.

Entrevista degravada.

1. Qual o principal objetivo da mediação?

Entendo que o principal objetivo é devolver às pessoas o protagonismo na solução dos seus conflitos, ter uma atitude proativa e com isso ir criando uma cultura de paz, de uma resolução mais pacífica dos conflitos.

2. E nesse sentido a mediação tem apresentado resultados satisfatórios, em que proporção em comparação com as demandas do judiciário, das ações judiciais?

Aqui não são os mediadores que escolhem o processo que vão mediar, isso ocorre por determinação judicial. E como existe o princípio da voluntariedade, as pessoas só negociam se quiserem negociar, só quem quer... Então existem processos que não só pela questão de não quererem ser mediados, mas ou por não comparecerem, ou por não serem encontrados, então, nem todos os processos encaminhados acabam sendo mediados...

Mas dos mediados nosso índice de acordo fica em torno de 81% (oitenta e um por cento) a 82% (oitenta e dois por cento), o que é um índice muito alto, e como também todo esse trabalho é voluntário, o projeto é voluntário, não temos uma estrutura que permita ter um estudo maior dessa situação, de ter dedicação para isso...desse controle....

Temos um único levantamento feito pela Internet, pelos computadores, indicando que o reingresso de ações que foram mediadas ficou em torno de 20% (vinte por cento), o que para o nível geral do Poder Judiciário é um índice maravilhoso!

3. A mediação pode ser feita em mais sessões? O que normalmente acontece?

Até 6 (seis) encontros é o que consta no projeto, pois se entende que se não houver entendimento as pessoas possam voltar mais vezes... Mas a média é de 1 (um) a 2 (dois) encontros. Isto pode parecer, para quem é leigo, que é uma coisa empurrada “goela a baixo”, mas não existe isso, pois a mediação, para quem vivencia a mediação sabe que é um processo muito rápido... Porque o enfoque dele (do processo de mediação) é no futuro, não é terapia, não interessam na mediação as causas da separação ou o porquê, é um olhar para o futuro.

Se isso que eles (partes) vão decidir agora vai durar seis meses, está ótimo, se vai durar um ano... Nossa vida é assim, hoje pode acontecer uma coisa e amanhã se acontecer algum imprevisto nós teremos que mudar nossa orientação, então não existem questões, o que foi decidido na mediação não quer dizer que vai durar para o resto da vida, é um processo rápido...

4. No direito de família quais são os tipos de ações e casos mais freqüentes trazidos para a mediação, quais são mais fáceis ou complicados de mediar?

Separação e divórcio, sempre com filhos (em função desse Gabinete de mediação ter adotado isso como prática em seu projeto).

Para casal a separação é sofrida, mas o problema maior é a existência de filhos... A confusão que existe na grande maioria dos casais, do que rompe, que vínculos são rompidos com a separação... São rompidos os laços conjugais, temos que separar o casal e casar os pais porque os filhos têm que ter essa garantia de que vão continuar tendo acesso ao pai e à mãe, mesmo com da separação.

Talvez uma situação mais complicada é guarda, disputas de guarda são processos mais doloridos, é onde os filhos ficam sendo muito divididos, e existe toda a situação do conflito de lealdade, são situações muito complicadas, sofridas para as pessoas...São os piores processos: as disputas de guarda...

5. Quais as maiores dificuldades encontradas no processo/desenvolvimento mediação?

Talvez a questão do que representa essa mudança cultural, onde as pessoas na verdade buscam um juiz, como a figura do pai, que vai decidir e resolver por elas, pelo próprio processo de crescimento e de desenvolvimento nosso, se sabe que não é fácil sermos adultos, assumirmos e decidirmos a nossa vida, nós assumirmos também as responsabilidades dela, é uma situação nova, onde muitas vezes nos dizem: “o juiz que decida, o que ele disser eu vou cumprir”.

Então, é toda a mediação... Que renasce aqui com a democracia, com o processo de democratização, onde é difícil as pessoas se assumirem e cuidarem da sua vida, poder olhar o outro... Vivemos numa era do individualismo onde eu, o melhor para mim... Tudo tem que ser melhor para mim... E essa questão de olhar o outro e saber que você vive... Uma situação que não pode estar bem só para mim, o outro deve estar bem, saber que temos interesses comuns, que tem que funcionar bem...

Essa mudança, pois viemos de uma lei de Gerson, onde o que tiver bom para mim, se eu conseguir levar vantagem, que bom! E isso é uma mudança, onde se devolve a condução das suas vidas, para muitos casais isso é muito bom....

6. Como funciona montar a equipe de mediação, como se faz a escolha dos mediadores?

Neste gabinete a primeira formação foi de uma mediadora, assistente social, que por muitas vezes precisou explicar o que faz a assistente social e agora o que faz uma mediadora!!! Como isso lida com as emoções, os sentimentos, com boa vontade, as pessoas acham que qualquer um pode fazer isso...O que não é verdade...

Então, primeiramente aconteceu a formação como mediadora para esta assistente social, que depois abriu um curso de formação.

O curso é de um ano, com trabalho de conclusão. Houve um consenso na primeira turma do curso de que o trabalho de conclusão fosse um projeto para ser aplicado, implantado numa vara de família... E foi isso que aconteceu em Novo Hamburgo, a equipe do Gabinete de Mediação é composta por pessoas formadas pelo mesmo curso, com formação em mediação familiar.

ANEXO





ANEXO – Projeto de Lei da Mediação

PA050622.DOC

PARECER Nº , DE 2006

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 2002 (nº 4.827, de 1998, na Casa de origem), que *institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos*.

RELATOR: Senador **PEDRO SIMON**

I – RELATÓRIO

Vem ao exame desta Comissão o Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 2002 (nº 4.827, de 1998, na Casa de origem), de autoria da Deputada Zulaiê Cobra,

que *institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos*.

A proposição traz a disciplina jurídica da mediação – judicial ou extrajudicial –, definida como atividade técnica exercida por terceira pessoa, que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos. O projeto contempla a possibilidade de mediação em toda matéria que a lei civil ou penal admita conciliação, reconciliação ou transação, apontando como mediadores, tanto pessoas físicas quanto pessoas jurídicas, que, nos termos de seu objeto social, se dediquem ao exercício da mediação.

Na Câmara dos Deputados, o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação, não tendo sido interposto o recurso a que alude o inciso I, do § 2º do art. 58 da Constituição Federal, sendo então remetido a esta Câmara Alta para revisão, a teor do que dispõe o art. 65 da Constituição da República.

Nesta Casa, a proposição não recebeu emendas. Entretanto, o Senador Eduardo Suplicy apresentou na última reunião da CCJ (08/03/2006) Voto em Separado, que também constituirá objeto desta análise.

II – ANÁLISE

Os requisitos formais e materiais de constitucionalidade são atendidos pelo Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 2002, merecendo registro que é competência privativa da União legislar sobre direito processual (CF/88, art. 22, inciso I). Da mesma forma, no que concerne à juridicidade, a proposta se revela isenta da necessidade de reparos.

PA060313.doc

2

Quanto ao mérito, porém, cremos que o avanço trazido pela proposição afigura-se tímido. Cabe salientar que, hoje, se vive no Brasil momento

especialmente favorável às iniciativas que buscam desafogar o Poder Judiciário, trazendo à luz mecanismos modernos de solução alternativa de conflitos.

Não podemos nos furtar à menção do novíssimo inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal (introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de

2004 – Reforma do Judiciário), que estatui que *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*. Ora, essa norma programática é que nos anima a perseguir avanços ainda maiores na legislação acerca da mediação.

Nesse sentido, mantivemos intenso diálogo com instituições públicas e representantes da sociedade civil, e recebemos diversas sugestões de aperfeiçoamento da proposta ora relatada, merecendo destaque as sugestões do Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul, da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, do Grupo de Pesquisa e Trabalho

em Arbitragem, Mediação e Negociação da Universidade de Brasília, do Instituto

de Mediação e Arbitragem do Brasil e do Centro de Administração de Conflitos.

As sugestões diferem parcialmente do projeto aprovado pela Câmara dos Deputados, justamente por avançar na disciplina jurídica da mediação, classificando-a em judicial ou extrajudicial e prévia ou incidental. Outrossim, as sugestões contemplam a formação e seleção dos mediadores, trazendo linhas gerais

sobre o Registro de Mediadores, que dará aos interessados – e à sociedade, em última análise – a indispensável segurança para eleger mediadores, com a garantia

de que a pessoa ou instituição escolhida goza de reputação ilibada e vasta experiência na atividade.

Como fruto dessa interação, apresentamos substitutivo, que entendemos disciplinar de forma mais abrangente o instituto da mediação, avançando em alguns pontos que o projeto original aprovado pela Câmara dos Deputados não contemplava, mas sem atentar contra o seu espírito, ressalva feita à

mediação penal, que não concordamos deva integrar o texto.

Especificamente quanto à mediação em matéria penal, deve ser feito o registro de que vige nesta seara o princípio da obrigatoriedade da ação penal, que,

embora sofra temperamentos, merece um detalhamento incompatível com o texto

aprovado pela Câmara dos Deputados. Em verdade, o membro do Ministério Público, que é o *dominus litis* da ação penal pública, dispõe de

“discricionariedade

vinculada” quanto à transação penal ou à suspensão condicional do processo, de modo que, para o seu efetivo exercício, é indispensável que a lei traga de forma minuciosa as suas hipóteses de cabimento.

PA060313.doc

3

Nosso substitutivo é estruturado em seis capítulos: I - modalidades de mediação; II - dos mediadores; III - do registro dos mediadores e da fiscalização e

controle da atividade de mediação; IV - da mediação prévia; V - da mediação incidental; e VI - disposições finais.

No Capítulo I, definimos a atividade de mediação, e estabelecemos suas modalidades em prévia ou incidental e judicial ou extrajudicial (art. 3º), assentando que ela será sempre sigilosa, salvo convenção das partes (art. 6º) e que

o termo de transação lavrado pelo mediador e assinado por ele e pelos interessados

poderá ser homologado pelo juiz e consistirá em título executivo judicial. (art. 7º).

No Capítulo II, trouxemos a disciplina jurídica dos mediadores, assentando quem pode ser mediador judicial (art. 10) e extrajudicial (art. 11) e comediador

(art. 15), outorgando atribuições à Ordem dos Advogados do Brasil, aos Tribunais de Justiça dos Estados e às instituições especializadas previamente credenciadas pelos Tribunais de Justiça para treinar e selecionar candidatos à função de mediador (art. 14).

Este, sem dúvida, é ponto sensível para o sucesso da mediação, pois é fundamental a habilidade pessoal do mediador para apaziguar os ânimos e buscar

uma solução consensuada do conflito.

O Capítulo II, outrossim, equipara os mediadores, quando no exercício de suas atribuições, aos funcionários públicos para fins penais (art. 12, *in fine*), e aos auxiliares da justiça, para todos os fins (art. 12), impondo-lhes os deveres de imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade (art. 13).

No Capítulo III, tratamos do Registro de Mediadores, mantido pelos Tribunais de Justiça (art. 16), a quem caberá normatizar o processo de inscrição dos mediadores que atuarão no âmbito de sua jurisdição (art. 16, § 1º). Ademais, inserimos disposição que impõe aos Tribunais de Justiça a sistematização dos dados dos mediadores e a sua publicação para fins estatísticos (art. 16, § 4º).

Neste ponto, optamos por tornar a inscrição no Registro de Mediadores obrigatória para o exercício da atividade de mediação, seja judicial ou extrajudicial. Tal fato se deve à necessidade de se ter o efetivo controle do trabalho dos mediadores, de modo a assegurar aos que optarem pela prevenção ou solução de seus conflitos pela mediação, que o terceiro que escolherem para conduzir os trabalhos gozará dos atributos que a lei exige. Tal providência será útil, ainda, para que haja rigoroso controle estatístico.

PA060313.doc

4

Além disso, com o controle do Registro de Mediadores pelo Tribunal de Justiça do Estado, será possível punir efetivamente os mediadores que apresentarem desvios de conduta e bani-los do exercício da atividade de mediação, impedindo que maus mediadores inviabilizem a incorporação da mediação na cultura dos brasileiros.

Ademais, está descrita a forma de fiscalização e controle da atividade de mediação. Aqui, arrolamos hipóteses de impedimento dos mediadores e condutas passíveis de censura (arts. 20 a 24), trazendo linhas gerais sobre o processo administrativo a que se submeterão os mediadores (art. 25). Cabe registrar a disciplina especial trazida para os mediadores judiciais, que submeterse-

ão ao controle efetuado pela Ordem dos Advogados do Brasil (art. 18).

Outrossim, no Capítulo III estão enumeradas as hipóteses de exclusão do Registro de Mediadores, e a cláusula de vedação de recadastramento do mediador excluído por conduta inadequada, em qualquer local do território nacional (art. 24, § 2º).

No Capítulo IV, acolhendo quase integralmente as propostas da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, do Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul e do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Universidade de Brasília, disciplinamos a mediação prévia.

No Capítulo V, contribuiu a solidez dos argumentos espostos nas sugestões da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e do Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul, no sentido de tornar

obrigatória a tentativa de mediação incidental. Neste sentido, a obrigatoriedade da mediação incidental pode ter o condão de estimular a auto-composição e desafogar

as varas de primeira instância.

Por fim, o Capítulo VI traz disposições finais, de caráter geral, estatuinto que a atividade do mediador será sempre remunerada e estabelecendo o

prazo de 180 dias para os Tribunais de Justiça expedirem as normas regulamentadoras que viabilizem o início das atividades.

Como já foi dito, foi apresentado, na última reunião desta Comissão, relatório substitutivo de autoria do ilustre senador Eduardo Suplicy, espelhando posicionamento do Ministério da Justiça e, conforme acordado com o nobre colega, reapresento meu parecer com nova redação contemplando e acatando em parte as propostas ora apresentadas.

PA060313.doc

5

III – VOTO

Com as considerações precedentes de que ressaltam a constitucionalidade, juridicidade, oportunidade e conveniência da proposta, votamos pela aprovação do Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 2002 (nº 4.827, de

1998, na origem), na forma do substitutivo a seguir:

EMENDA Nº – CCJ (SUBSTITUTIVO)

Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei institui e disciplina a mediação paraprocessual nos conflitos de natureza civil.

Art. 2º Para fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta,

orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.

Art. 3º A mediação paraprocessual será prévia ou incidental, em relação ao momento de sua instauração, e judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores.

Art. 4º É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem.

Art. 5º A mediação poderá versar sobre todo o conflito ou parte dele.

Art. 6º A mediação será sigilosa, salvo estipulação expressa em contrário pelas partes, observando-se, em qualquer hipótese, o disposto nos arts.

e 14.

PA060313.doc

6

Art. 7º O acordo resultante da mediação se denominará termo de mediação e deverá ser subscrito pelo mediador, judicial ou extrajudicial, pelas partes e advogados, constituindo-se título executivo extrajudicial.

Parágrafo único. A mediação prévia, desde que requerida, será reduzida a termo e homologada por sentença, independentemente de processo.

Art. 8º A pedido de qualquer um dos interessados, o termo de mediação obtido na mediação prévia ou incidental, poderá ser homologado pelo juiz, caso em que terá eficácia de título executivo judicial.

CAPÍTULO II

DOS MEDIADORES

Art. 9º Pode ser mediador qualquer pessoa capaz, de conduta ilibada e com formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito, nos termos desta Lei.

Art. 10º Os mediadores serão judiciais ou extrajudiciais.

Art. 11. São mediadores judiciais os advogados com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas, capacitados, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores, na forma desta Lei.

Art. 12. São mediadores extrajudiciais aqueles independentes, selecionados e inscritos no respectivo Registro de Mediadores, na forma desta Lei.

Art. 13. Na mediação paraprocessual, os mediadores judiciais ou extrajudiciais e os co-mediadores são considerados auxiliares da justiça, e, quando no exercício de suas funções, e em razão delas, são equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da lei penal.

Art. 14. No desempenho de suas funções, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade, salvo, no último caso, por expressa convenção das partes.

Art. 15. Caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, aos Tribunais de Justiça dos Estados e às pessoas jurídicas especializadas em mediação, nos termos de seu estatuto social, desde que, no último caso, devidamente autorizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado em que estejam localizadas, a formação e seleção de mediadores, para o que serão implantados cursos apropriados, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo.

PA060313.doc

7

Art. 16. É lícita a co-mediação quando, pela natureza ou pela

complexidade do conflito, for recomendável a atuação conjunta do mediador com

outro profissional especializado na área do conhecimento subjacente ao litígio.

§ 1º A co-mediação será obrigatória nas controvérsias submetidas à mediação que versem sobre o estado da pessoa e Direito de Família, devendo dela

necessariamente participar psiquiatra, psicólogo ou assistente social.

§ 2º A co-mediação, quando não for obrigatória, poderá ser requerida por qualquer dos interessados ou pelo mediador.

CAPÍTULO III

DO REGISTRO DE MEDIADORES E DA FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DA ATIVIDADE DE MEDIAÇÃO

Art. 17. O Tribunal de Justiça local manterá Registro de Mediadores, contendo relação atualizada de todos os mediadores habilitados a atuar prévia ou incidentalmente no âmbito do Estado.

§ 1º Os Tribunais de Justiça expedirão normas regulamentando o processo de inscrição no Registro de Mediadores.

§ 2º A inscrição no Registro de Mediadores será requerida ao Tribunal de Justiça local, na forma das normas expedidas para este fim, pelos que tiverem cumprido satisfatoriamente os requisitos do art. 15 desta Lei.

§ 3º Do registro de mediadores constarão todos os dados relevantes referentes à atuação do mediador, segundo os critérios fixados pelo Tribunal de Justiça local.

§ 4º Os dados colhidos na forma do parágrafo anterior serão classificados sistematicamente pelo Tribunal de Justiça, que os publicará anualmente para fins estatísticos.

Art. 18. Na mediação extrajudicial, a fiscalização das atividades dos mediadores e co-mediadores competirá sempre ao Tribunal de Justiça do Estado, na forma das normas específicas expedidas para este fim.

Art. 19. Na mediação judicial, a fiscalização e controle da atuação do mediador será feita pela Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de suas

seccionais; a atuação do co-mediador será fiscalizada e controlada pelo Tribunal de Justiça.

PA060313.doc

8

Art. 20. Se a mediação for incidental, a fiscalização também caberá ao juiz da causa, que, verificando a atuação inadequada do mediador ou do comediador,

poderá afastá-lo de suas atividades relacionadas ao processo, e, em caso de urgência, tomar depoimentos e colher provas, dando notícia, conforme o caso, à

Ordem dos Advogados do Brasil ou ao Tribunal de Justiça, para as medidas cabíveis.

Art. 21. Aplicam-se aos mediadores e co-mediadores os impedimentos previstos nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil.

§ 1º No caso de impedimento, o mediador devolverá os autos ao distribuidor, que designará novo mediador; se a causa de impedimento for apurada

quando já iniciado o procedimento de mediação, o mediador interromperá sua atividade, lavrando termo com o relatório do ocorrido e solicitará designação de novo mediador ou co-mediador.

§ 2º O referido relatório conterá:

- a) nomes e dados pessoais das partes envolvidas;
- b) indicação da causa de impedimento ou suspeição;
- c) razões e provas existentes pertinentes do impedimento ou suspeição.

Art. 22. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o mediador informará o fato ao Tribunal de Justiça, para que, durante o período em que subsistir a impossibilidade, não lhe sejam feitas novas distribuições.

Art. 23. O mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais a qualquer das partes, em matéria correlata à mediação; o impedimento terá o prazo de dois anos, contados do término da mediação, quando se tratar de outras matérias.

Art. 24. Considera-se conduta inadequada do mediador ou do comediador a sugestão ou recomendação acerca do mérito ou quanto aos termos da resolução do conflito, assessoramento, inclusive legal, ou aconselhamento, bem como qualquer forma explícita ou implícita de coerção para a obtenção de acordo.

Art. 25. Será excluído do Registro de Mediadores aquele que:

I – assim o solicitar ao Tribunal de Justiça, independentemente de justificação;

II – agir com dolo ou culpa na condução da mediação sob sua responsabilidade;

PA060313.doc

9

III – violar os princípios de confidencialidade e imparcialidade;

IV – funcionar em procedimento de mediação mesmo sendo impedido ou sob suspeição;

V – sofrer, em procedimento administrativo realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, pena de exclusão do Registro de Mediadores;

VI – for condenado, em sentença criminal transitada em julgado.

§ 1º Os Tribunais de Justiça dos Estados, em cooperação, consolidarão

mensalmente relação nacional dos excluídos do Registro de Mediadores.
 § 2º Salvo no caso do inciso I, aquele que for excluído do Registro de Mediadores não poderá, em hipótese alguma, solicitar nova inscrição em qualquer parte do território nacional ou atuar como co-mediador.

Art. 26. O processo administrativo para averiguação de conduta inadequada do mediador poderá ser iniciado de ofício ou mediante representação e obedecerá ao procedimento estabelecido pelo Tribunal de Justiça local.

Art. 27. O processo administrativo conduzido pela Ordem dos Advogados do Brasil obedecerá ao procedimento previsto no Título III da Lei nº 8.906, de 1994, podendo ser aplicada desde a pena de advertência até a exclusão do Registro de Mediadores.

Parágrafo único. O processo administrativo a que se refere o *caput* será concluído em, no máximo, noventa dias, e suas conclusões enviadas ao Tribunal de Justiça para anotação no registro do mediador ou seu cancelamento, conforme o caso.

Art. 28. O co-mediador afastado de suas atividades nos termos do art. 19, desde que sua conduta inadequada seja comprovada em regular procedimento administrativo, fica impedido de atuar em novas mediações pelo prazo de dois anos.

CAPÍTULO IV DA MEDIAÇÃO PRÉVIA

Art. 29. A mediação prévia pode ser judicial ou extrajudicial.

Parágrafo único. O requerimento de mediação prévia interrompe a prescrição e deverá ser concluído no prazo máximo de 90 dias.

Art. 30. O interessado poderá optar pela mediação prévia judicial. Neste caso, o requerimento adotará formulário padronizado, subscrito por ele ou

10

por seu advogado, sendo, neste caso, indispensável à juntada do instrumento de mandato.

§ 1º Distribuído ao mediador, o requerimento ser-lhe-á encaminhado imediatamente.

§ 2º Recebido o requerimento, o mediador designará dia, hora e local onde realizará a sessão de mediação, dando ciência aos interessados por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação.

§ 3º A cientificação ao requerido conterà a recomendação de que deverá comparecer à sessão acompanhado de advogado, quando a presença deste

for indispensável. Neste caso, não tendo o requerido constituído advogado, o mediador solicitará à Defensoria Pública ou, na falta desta, à Ordem dos Advogados do Brasil a designação de advogado dativo. Na impossibilidade de pronto atendimento à solicitação, o mediador imediatamente remarcará a sessão, deixando os interessados já cientificados da nova data e da indispensabilidade dos advogados.

§ 4º Os interessados, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial.

§ 5º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

Art. 31. Obtido ou não o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação, descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do mesmo ou consignando a sua impossibilidade.

Parágrafo único. O mediador devolverá o requerimento ao distribuidor, acompanhado do termo de mediação, para as devidas anotações.

Art. 32. A mediação prévia extrajudicial, a critério dos interessados, ficará a cargo de mediador independente ou daquele ligado à instituição especializada em mediação.

Art. 33. Em razão da natureza e complexidade do conflito, o mediador judicial ou extrajudicial, a seu critério ou a pedido de qualquer das partes, prestará seus serviços em regime de co-mediação com profissional especializado em outra área que guarde afinidade com a natureza do conflito.

CAPÍTULO V DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL

PA060313.doc

11

Art. 34. A mediação incidental será obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos:

- I – na ação de interdição;
- II – quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis;
- III – na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil;
- IV – no inventário e no arrolamento;
- V – nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel;
- VI – na ação de retificação de registro público;
- VII – quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem;
- VIII – na ação cautelar;
- IX – quando na mediação prévia, realizada na forma da seção anterior,

tiver ocorrido sem acordo nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação.

Parágrafo único. A mediação deverá ser realizada no prazo máximo de 90 dias e, não sendo alcançado o acordo, dar-se-á continuidade ao processo, .

Art. 35. Nos casos de mediação incidental, a distribuição da petição inicial ao juízo interrompe a prescrição, induz litispendência e produz os demais efeitos previstos no art. 263 do Código de Processo Civil.

§ 1º Havendo pedido de liminar, a mediação terá curso após a respectiva decisão.

§ 2º A interposição de recurso contra a decisão liminar não prejudica o processo de mediação.

Art. 36. A designação inicial será de um mediador, judicial ou extrajudicial, a quem será remetida cópia dos autos do processo judicial.

Parágrafo único. As partes, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial.

Art. 37. Cabe ao mediador intimar as partes por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação, designando dia, hora e local para seu comparecimento.

§ 1º A intimação deverá conter a recomendação de que as partes deverão se fazer acompanhar de advogados, quando indispensável à assistência judiciária.

PA060313.doc

12

§ 2º Se o requerido não tiver sido citado no processo judicial, a intimação para a sessão de mediação constitui-lo-á em mora, tornando prevento o juízo, induzindo litispendência, fazendo litigiosa a coisa e interrompendo a prescrição.

§ 3º Se qualquer das partes não tiver advogado constituído nos autos do processo judicial, o mediador procederá de acordo com o disposto na parte final

do § 3º do art. 30.

§ 4º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

Art. 38. Na hipótese de mediação incidental, ainda que haja pedido de liminar, a antecipação das despesas do processo, a que alude o art. 19 do Código de

Processo Civil, somente será devida após a retomada do curso do processo, se a mediação não tiver resultado em acordo ou conciliação.

Parágrafo único. O valor pago a títulos de honorários do mediador, na forma do art. 19 do Código de Processo Civil, será abatido das despesas do processo.

Art. 39. Obtido ou frustrado o acordo, o mediador lavrará o termo de

mediação descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do acordo ou consignando sua impossibilidade.

§ 1º O mediador devolverá a petição inicial ao juiz da causa, acompanhada do termo, para que seja dado prosseguimento ao processo.

§ 2º Ao receber a petição inicial acompanhada do termo de transação, o juiz determinará seu imediato arquivamento ou, frustrada a transação, providenciará a retomada do processo judicial.

Art. 40. Havendo acordo, o juiz da causa, após verificar o preenchimento das formalidades legais, homologará o acordo por sentença.

Parágrafo único. Se o acordo for obtido quando o processo judicial estiver em grau de recurso, a homologação do mesmo caberá ao relator.

CAPÍTULO VI

DISPOSIÇÕES FINAIS

PA060313.doc

13

Art. 41. A mediação será sempre realizada em local de fácil acesso, com estrutura suficiente para atendimento condigno dos interessados, disponibilizado por entidade pública ou particular para o desenvolvimento das atividades de que trata esta Lei.

Parágrafo único. O Tribunal de Justiça local fixará as condições mínimas a que se refere este artigo.

Art. 42. Os serviços do mediador serão sempre remunerados, nos termos e segundo os critérios fixados pela norma local.

§ 1º Nas hipóteses em que for concedido o benefício da assistência judiciária, estará a parte dispensada do recolhimento dos honorários, correndo as despesas às expensas de dotação orçamentária do respectivo Tribunal de Justiça.

Art. 43. O art. 331 e parágrafos da Lei nº 5.869, de 1973, Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, para qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo

fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º Na audiência preliminar, o juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, mesmo tendo sido realizada a tentativa de mediação prévia ou incidental.

§ 2º A lei local poderá instituir juiz conciliador ou recrutar conciliadores para auxiliarem o juiz da causa na tentativa de solução amigável dos conflitos.

§ 3º Segundo as peculiaridades do caso, outras formas adequadas de solução do conflito poderão ser sugeridas pelo juiz, inclusive a arbitragem, na forma da lei, a mediação e a avaliação neutra de terceiro.

§4º A avaliação neutra de terceiro, a ser obtida no prazo a ser fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§5º Obtido o acordo, será reduzido a termo e homologado pelo juiz.

PA060313.doc

14

§6º Se, por qualquer motivo, a conciliação não produzir resultados e não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, na mesma audiência, fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário” (NR)

Art. 44. Fica acrescentado à Lei nº 5.869, de 1973, Código de Processo Civil, o art. 331-A, com a seguinte redação:

“Art. 331 – A. Em qualquer tempo e grau de jurisdição, poderá o juiz ou tribunal adotar, no que couber, as providências no artigo anterior”.

Art. 45. Os Tribunais de Justiça dos Estados, no prazo de 180 dias, expedirão as normas indispensáveis à efetivação do disposto nesta Lei.

Art. 46. O termo de mediação, de qualquer natureza, frustrado ou não o acordo, conterà expressamente a fixação dos honorários do mediador, ou do comediador, se for o caso.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do mediador, no termo de mediação, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal

estipulação, o mediador requererá ao Tribunal de Justiça que seria competente para

julgar, originariamente, a causa, que os fixe por sentença.

Art. 47. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, 21 de junho de 2006.

, Presidente

, Relator

PA060313.doc

15

IV – DECISÃO DA COMISSÃO

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em Reunião

Ordinária realizada nesta data, decide pela aprovação do Projeto de Lei Câmara nº

94, de 2002, na forma da Emenda nº 1-CCJ (Substitutivo), e das Emendas nºs 1 a

3, de autoria do Senador Juvêncio da Fonseca, e da Emenda nº 4, de autoria do Senador Aloizio Mercadante, consolidadas no Substitutivo, conforme abaixo:

EMENDA Nº 1 – CCJ (SUBSTITUTIVO)

AO PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 94, DE 2002

Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I**DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art. 1º Esta Lei institui e disciplina a mediação paraprocessual nos conflitos de natureza civil.

Art. 2º Para fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta,

orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.

Art. 3º A mediação paraprocessual será prévia ou incidental, em relação ao momento de sua instauração, e judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores.

Art. 4º É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem.

Art. 5º A mediação poderá versar sobre todo o conflito ou parte dele.

Art. 6º A mediação será sigilosa, salvo estipulação expressa em contrário pelas partes, observando-se, em qualquer hipótese, o disposto nos arts. 13

e 14.

PA060313.doc

16

Art. 7º O acordo resultante da mediação se denominará termo de mediação e deverá ser subscrito pelo mediador, judicial ou extrajudicial, pelas partes e advogados, constituindo-se título executivo extrajudicial.

Parágrafo único. A mediação prévia, desde que requerida, será reduzida a termo e homologada por sentença, independentemente de processo.

Art. 8º A pedido de qualquer um dos interessados, o termo de mediação obtido na mediação prévia ou incidental, poderá ser homologado pelo juiz, caso em que terá eficácia de título executivo judicial.

CAPÍTULO II**DOS MEDIADORES**

Art. 9º Pode ser mediador qualquer pessoa capaz, de conduta ilibada e com formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito, nos

termos desta Lei.

Art. 10. Os mediadores serão judiciais ou extrajudiciais.

Art. 11. São mediadores judiciais os advogados com pelo menos três

anos de efetivo exercício de atividades jurídicas, capacitados, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores, na forma desta Lei.

Art. 12. São mediadores extrajudiciais aqueles independentes, selecionados e inscritos no respectivo Registro de Mediadores, na forma desta Lei.

Art. 13. Na mediação paraprocessual, os mediadores judiciais ou extrajudiciais e os co-mediadores são considerados auxiliares da justiça, e, quando no exercício de suas funções, e em razão delas, são equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da lei penal.

Art. 14. No desempenho de suas funções, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade, salvo, no último caso, por expressa convenção das partes.

Art. 15. Caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Tribunal de Justiça, à Defensoria Pública e às instituições especializadas em mediação devidamente cadastradas na forma do Capítulo III, a formação e seleção de mediadores, para o que serão implantados cursos apropriados, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo.

PA060313.doc

17

Art. 16. É lícita a co-mediação quando, pela natureza ou pela complexidade do conflito, for recomendável a atuação conjunta do mediador com

outro profissional especializado na área do conhecimento subjacente ao litígio.

§ 1º A co-mediação será obrigatória nas controvérsias submetidas à mediação que versem sobre o estado da pessoa e Direito de Família, devendo dela

necessariamente participar psiquiatra, psicólogo ou assistente social.

§ 2º A co-mediação, quando não for obrigatória, poderá ser requerida por qualquer dos interessados ou pelo mediador.

CAPÍTULO III

DO REGISTRO DE MEDIADORES E DA FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DA ATIVIDADE DE MEDIAÇÃO

Art. 17. O Tribunal de Justiça local manterá Registro de Mediadores, contendo relação atualizada de todos os mediadores habilitados a atuar prévia ou incidentalmente no âmbito do Estado.

§ 1º Os Tribunais de Justiça expedirão normas regulamentando o processo de inscrição no Registro de Mediadores.

§ 2º A inscrição no Registro de Mediadores será requerida ao Tribunal de Justiça local, na forma das normas expedidas para este fim, pelos que tiverem cumprido satisfatoriamente os requisitos do art. 15 desta Lei.

§ 3º Do registro de mediadores constarão todos os dados relevantes referentes à atuação do mediador, segundo os critérios fixados pelo Tribunal de Justiça local.

§ 4º Os dados colhidos na forma do parágrafo anterior serão classificados sistematicamente pelo Tribunal de Justiça, que os publicará anualmente para fins estatísticos.

§ 5º No caso de atuação de defensor público como mediador, o registro, a fiscalização e o controle da atividade serão realizados pela Defensoria Pública.

Art. 18. Na mediação extrajudicial, a fiscalização das atividades dos mediadores e co-mediadores competirá sempre ao Tribunal de Justiça do Estado, na forma das normas específicas expedidas para este fim.

PA060313.doc

18

Art. 19. Na mediação judicial, a fiscalização e controle da atuação do mediador será feita pela Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de suas seccionais; a atuação do co-mediador será fiscalizada e controlada pelo Tribunal de Justiça.

Art. 20. Se a mediação for incidental, a fiscalização também caberá ao juiz da causa, que, verificando a atuação inadequada do mediador ou do comediador, poderá afastá-lo de suas atividades relacionadas ao processo, e, em caso de urgência, tomar depoimentos e colher provas, dando notícia, conforme o caso, à Ordem dos Advogados do Brasil ou ao Tribunal de Justiça, para as medidas cabíveis.

Art. 21. Aplicam-se aos mediadores e co-mediadores os impedimentos previstos nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil.

§ 1º No caso de impedimento, o mediador devolverá os autos ao distribuidor, que designará novo mediador; se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento de mediação, o mediador interromperá sua atividade, lavrando termo com o relatório do ocorrido e solicitará designação de novo mediador ou co-mediador.

§ 2º O referido relatório conterá:

- d) nomes e dados pessoais das partes envolvidas;
- e) indicação da causa de impedimento ou suspeição;
- f) razões e provas existentes pertinentes do impedimento ou suspeição.

Art. 22. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o mediador informará o fato ao Tribunal de Justiça, para que, durante o

período em que subsistir a impossibilidade, não lhe sejam feitas novas distribuições.

Art. 23. O mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais a qualquer das partes, em matéria correlata à mediação; o impedimento terá o prazo de dois anos, contados do término da mediação, quando se tratar de outras matérias.

Art. 24. Considera-se conduta inadequada do mediador ou do comediador a sugestão ou recomendação acerca do mérito ou quanto aos termos da resolução do conflito, assessoramento, inclusive legal, ou aconselhamento, bem como qualquer forma explícita ou implícita de coerção para a obtenção de acordo.

Art. 25. Será excluído do Registro de Mediadores aquele que:

PA060313.doc

19

I – assim o solicitar ao Tribunal de Justiça, independentemente de justificação;

II – agir com dolo ou culpa na condução da mediação sob sua responsabilidade;

III – violar os princípios de confidencialidade e imparcialidade;

IV – funcionar em procedimento de mediação mesmo sendo impedido ou sob suspeição;

V – sofrer, em procedimento administrativo realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, pena de exclusão do Registro de Mediadores;

VI – for condenado, em sentença criminal transitada em julgado.

§ 1º Os Tribunais de Justiça dos Estados, em cooperação, consolidarão mensalmente relação nacional dos excluídos do Registro de Mediadores.

§ 2º Salvo no caso do inciso I, aquele que for excluído do Registro de Mediadores não poderá, em hipótese alguma, solicitar nova inscrição em qualquer

parte do território nacional ou atuar como co-mediador.

Art. 26. O processo administrativo para averiguação de conduta inadequada do mediador poderá ser iniciado de ofício ou mediante representação e

obedecerá ao procedimento estabelecido pelo Tribunal de Justiça local.

Art. 27. O processo administrativo conduzido pela Ordem dos Advogados do Brasil obedecerá ao procedimento previsto no Título III da Lei nº 8.906, de 1994, podendo ser aplicada desde a pena de advertência até a exclusão do

Registro de Mediadores.

Parágrafo único. O processo administrativo a que se refere o *caput* será concluído em, no máximo, noventa dias, e suas conclusões enviadas ao Tribunal de Justiça para anotação no registro do mediador ou seu cancelamento,

conforme o caso.

Art. 28. O co-mediador afastado de suas atividades nos termos do art. 19, desde que sua conduta inadequada seja comprovada em regular procedimento administrativo, fica impedido de atuar em novas mediações pelo prazo de dois anos.

CAPÍTULO IV DA MEDIAÇÃO PRÉVIA

Art. 29. A mediação prévia pode ser judicial ou extrajudicial.

PA060313.doc

20

Parágrafo único. O requerimento de mediação prévia interrompe a prescrição e deverá ser concluído no prazo máximo de noventa dias.

Art. 30. O interessado poderá optar pela mediação prévia judicial, caso em que o requerimento adotará formulário padronizado, subscrito por ele ou

por seu defensor público ou advogado, sendo, no último caso, indispensável à juntada do instrumento de mandato.

§ 1º Distribuído ao mediador, o requerimento ser-lhe-á encaminhado imediatamente.

§ 2º Recebido o requerimento, o mediador designará dia, hora e local onde realizará a sessão de mediação, dando ciência aos interessados por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação.

§ 3º A cientificação ao requerido conterà a recomendação de que deverá comparecer à sessão acompanhado de advogado, quando a presença deste for indispensável. Neste caso, não tendo o requerido constituído advogado, o mediador solicitará à Defensoria Pública ou, na falta desta, à Ordem dos Advogados do Brasil a designação de advogado dativo. Na impossibilidade de pronto atendimento à solicitação, o mediador imediatamente remarcará a sessão, deixando os interessados já cientificados da nova data e da indispensabilidade dos advogados.

§ 4º Os interessados, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial.

§ 5º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

Art. 31. Obtido ou não o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação, descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do mesmo ou consignando a sua impossibilidade.

Parágrafo único. O mediador devolverá o requerimento ao distribuidor, acompanhado do termo de mediação, para as devidas anotações.

Art. 32. A mediação prévia extrajudicial, a critério dos interessados, ficará a cargo de mediador independente ou daquele ligado à instituição especializada em mediação.

Art. 33. Em razão da natureza e complexidade do conflito, o mediador judicial ou extrajudicial, a seu critério ou a pedido de qualquer das partes, prestará

PA060313.doc

21

seus serviços em regime de co-mediação com profissional especializado em outra

área que guarde afinidade com a natureza do conflito.

CAPÍTULO V

DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL

Art. 34. A mediação incidental será obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos:

I – na ação de interdição;

II – quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis;

III – na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil;

IV – no inventário e no arrolamento;

V – nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel;

VI – na ação de retificação de registro público;

VII – quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem;

VIII – na ação cautelar;

IX – quando na mediação prévia, realizada na forma da seção anterior, tiver ocorrido sem acordo nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação.

Parágrafo único. A mediação deverá ser realizada no prazo máximo de noventa dias e, não sendo alcançado o acordo, dar-se-á continuidade ao processo.

Art. 35. Nos casos de mediação incidental, a distribuição da petição inicial ao juízo interrompe a prescrição, induz litispendência e produz os demais efeitos previstos no art. 263 do Código de Processo Civil.

§ 1º Havendo pedido de liminar, a mediação terá curso após a respectiva decisão.

§ 2º A interposição de recurso contra a decisão liminar não prejudica o processo de mediação.

Art. 36. A designação inicial será de um mediador, judicial ou extrajudicial, a quem será remetida cópia dos autos do processo judicial.

Parágrafo único. As partes, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial.

PA060313.doc

22

Art. 37. Cabe ao mediador intimar as partes por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação, designando dia, hora e local para seu comparecimento.

§ 1º A intimação deverá conter a recomendação de que as partes deverão se fazer acompanhar de advogados, quando indispensável à assistência judiciária.

§ 2º Se o requerido não tiver sido citado no processo judicial, a intimação para a sessão de mediação constitui-lo-á em mora, tornando prevento o juízo, induzindo litispendência, fazendo litigiosa a coisa e interrompendo a prescrição.

§ 3º Se qualquer das partes não tiver advogado constituído nos autos do processo judicial, o mediador procederá de acordo com o disposto na parte final do § 3º do art. 30.

§ 4º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

Art. 38. Na hipótese de mediação incidental, ainda que haja pedido de liminar, a antecipação das despesas do processo, a que alude o art. 19 do Código de Processo Civil, somente será devida após a retomada do curso do processo, se a mediação não tiver resultado em acordo ou conciliação.

Parágrafo único. O valor pago a títulos de honorários do mediador, na forma do art. 19 do Código de Processo Civil, será abatido das despesas do processo.

Art. 39. Obtido ou frustrado o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do acordo ou consignando sua impossibilidade.

§ 1º O mediador devolverá a petição inicial ao juiz da causa, acompanhada do termo, para que seja dado prosseguimento ao processo.

§ 2º Ao receber a petição inicial acompanhada do termo de transação, o juiz determinará seu imediato arquivamento ou, frustrada a transação, providenciará a retomada do processo judicial.

Art. 40. Havendo acordo, o juiz da causa, após verificar o preenchimento das formalidades legais, homologará o acordo por sentença.

PA060313.doc

23

Parágrafo único. Se o acordo for obtido quando o processo judicial estiver em grau de recurso, a homologação do mesmo caberá ao relator.

CAPÍTULO VI

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 41. A mediação será sempre realizada em local de fácil acesso,

com estrutura suficiente para atendimento condigno dos interessados, disponibilizado por entidade pública ou particular para o desenvolvimento das atividades de que trata esta Lei.

Parágrafo único. O Tribunal de Justiça local fixará as condições mínimas a que se refere este artigo.

Art. 42. Os serviços do mediador serão sempre remunerados, nos termos e segundo os critérios fixados pela norma local.

§ 1º Nas hipóteses em que for concedido o benefício da assistência judiciária, estará a parte dispensada do recolhimento dos honorários, correndo as despesas às expensas de dotação orçamentária do respectivo Tribunal de Justiça.

Art. 43. O art. 331 e parágrafos da Lei nº 5.869, de 1973, Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, para qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo

fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§1º Na audiência preliminar, o juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, mesmo tendo sido realizada a tentativa de mediação prévia ou incidental.

§2º A lei local poderá instituir juiz conciliador ou recrutar conciliadores para auxiliarem o juiz da causa na tentativa de solução amigável dos conflitos.

§3º Segundo as peculiaridades do caso, outras formas adequadas de solução do conflito poderão ser sugeridas pelo juiz, inclusive a arbitragem, na forma da lei, a mediação e a avaliação neutra de terceiro.

§4º A avaliação neutra de terceiro, a ser obtida no prazo a ser fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua

PA060313.doc

24

finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§5º Obtido o acordo, será reduzido a termo e homologado pelo juiz.

§6º Se, por qualquer motivo, a conciliação não produzir resultados e não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, na mesma audiência, fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.” (NR)

Art. 44. Fica acrescentado à Lei nº 5.869, de 1973, Código de Processo Civil, o art. 331-A, com a seguinte redação:

“Art. 331-A. Em qualquer tempo e grau de jurisdição, poderá o juiz ou

tribunal adotar, no que couber, as providências no artigo anterior.”

Art. 45. Os Tribunais de Justiça dos Estados, no prazo de cento e oitenta dias, expedirão as normas indispensáveis à efetivação do disposto nesta Lei.

Art. 46. O termo de mediação, de qualquer natureza, frustrado ou não o acordo, conterà expressamente a fixação dos honorários do mediador, ou do comediador, se for o caso.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do mediador, no termo de mediação, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o mediador requererá ao Tribunal de Justiça que seria competente para julgar, originariamente, a causa, que os fixe por sentença.

Art. 47. Esta Lei entra em vigor quatro meses após a data de sua publicação.

Sala das Comissões, 21 de junho de 2006.

Senador **ANTONIO CARLOS MAGALHÃES**

Presidente da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

PA060313.doc