



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATU SENSU*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

MARIELLE SANTOS RODRIGUES

**A PRÁTICA DE MEDIAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL:
UM AGIR COMUNICATIVO NA RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS
DE DIREITO DE FAMÍLIA**

**Salvador
2017**

MARIELLE SANTOS RODRIGUES

**A PRÁTICA DE MEDIAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL:
UM AGIR COMUNICATIVO NA RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS
DE DIREITO DE FAMÍLIA**

**Monografia apresentada a Faculdade Baiana de Direito e Gestão
como requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista em
Direito Processual Civil.**

**Salvador
2017**

MARIELLE SANTOS RODRIGUES

**A PRÁTICA DE MEDIAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL: UM AGIR
COMUNICATIVO NA RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DE DIREITO DE
FAMÍLIA**

**Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em
Direito do Estado, pela seguinte banca examinadora:**

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2017

Dedico o presente trabalho a todos que acreditaram em mim ao longo desta trajetória. Especialmente aos meus pais, e meu namorado pelo apoio constante a cada etapa ultrapassada.

AGRADECIMENTOS

A finalização deste trabalho se traduz na sensação de dever cumprido. Sua elaboração requereu muito empenho, dedicação e noites sem dormir, na busca incessante pela melhor verdade acerca do questionamento levantado. Esse caminho eu não percorri sozinha, motivo pelo qual sinto-me na obrigação de agradecer aos meus colaboradores, amigos ou aqueles que, em muitas vezes serviram-me de ouvintes.

Apesar de todas as incertezas e dúvidas que tive no decorrer da elaboração deste estudo, o que me fazia seguir adiante e acreditar sempre em mim, era a certeza de que tinha Alguém que olhava por mim lá de cima e que Ele era meu amparo. Gratidão!

Aos mestres, obrigada pelos ensinamentos constantes e aos conhecimentos compartilhados ao longo desta caminhada.

Aos meus pais, Xavier e Nete, sou grata pelo amparo e incentivo. Todas as vezes que achei que não iria conseguir, vocês apontaram o tamanho da minha capacidade e potencial e acreditaram em mim.

Ao meu namorado, Diêgo Matos, obrigada por seu companheirismo e por percorrer esta caminhada junto comigo, tornando-a mais leve. Foram muitos os finais de semana que metemos o pé na estrada para cumprir com este compromisso assumido, na busca incessante pelo conhecimento.

Aos amigos que sempre torceram e acompanharam esta luta bem de perto, devo esta conquista a cada um de vocês.

Gratidão!

RESUMO

O presente trabalho tem como tema “A prática de mediação e o acesso à Justiça no Brasil: um agir comunicativo na resolução de controvérsias de direito de família”, e se propõe a analisar a efetividade do princípio constitucional de acesso à justiça, bem como a eficácia da utilização dos chamados meios alternativos na resolução de controvérsias, as quais se destacam a mediação e a conciliação, em especial no âmbito dos litígios do Direito das Famílias, que, devido ao seu caráter subjetivo e aos sentimentos que envolvem às partes, que demonstram que o meio tradicional não se mostram tão eficientes na solução de tais conflitos. Para tanto, fez-se uma análise da evolução do instituto da família, lastreado nos princípios constitucionais que regem a matéria, bem como uma foi feita uma análise conceitual acerca dos meios alternativos de resolução de controvérsias. Sob este enfoque foi discutido a aplicação dos pressupostos da Teoria do Agir Comunicativo de Jurguen Habermans, que visa promover o entendimento por meio do discurso, responsabilizando os sujeitos pela construção de soluções para seus conflitos, o que se aplica perfeitamente à complexidade e durabilidade das relações familiares. Foi feita, ainda uma análise acerca da transformação do Estado refletida no Poder Judiciário, que, em detrimento do procedimento tradicional, passou a utilizar o meios alternativos, por mostrarem-se mais céleres, econômicos, eficientes e om maior segurança, por configurar, em última análise, à resolução de litígios por iniciativa das próprias partes, como se dá com a mediação. Destacou-se, ainda, a evolução da regulamentação dos institutos da mediação e da conciliação desde a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça até a recente aprovação do Código de Processo Civil, que trouxe importante inovações esta temática, principalmente sobre o incentivo à autocomposição. Para seu desenvolvimento utilizou-se a metodologia hipotético dedutiva, sendo a pesquisa de caráter exploratório e bibliográfico, a partir do estudo de livros, artigo científicos, legislação atualizada, bem como da doutrina e jurisprudência pátrias, sendo que a abordagem do problema é de cunho qualitativo.

Palavras-chave: Controvérsia; pacificação social; mediação; conciliação; aucomposição.

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	7
2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA.....	9
2.1. FAMÍLIA: ASPECTOS CONCEITUAIS CONTEMPORANEOS ÀS LUZ DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....	9
2.2. O DIREITO DAS FAMILIAS NO BRASIL	12
2.2.1. Princípios constitucionais do Direito das Famílias.....	15
2.3. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E DIREITO: MEDIÇÃO, ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO.....	26
2.3.1. Arbitragem	30
2.3.2. Conciliação	27
2.3.3. Mediação.....	33
2.4. TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA E A MEDIAÇÃO.....	43
3. A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO REFLETIDA NO PODER JUDICIÁRIO E O DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL.....	46
3.1. DIREITO DE FAMÍLIA: JUSTIÇA TRADICIONAL E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA.....	50
3.2. INSTITUTO DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO: DA RESOLUÇÃO Nº 125/2010 DO CNJ AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	55
3.3. A EVOLUÇÃO APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.....	60
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
REFERÊNCIAS.....	68

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente monografia tem a finalidade de realizar um estudo acerca do tema “A Prática de Mediação e o Acesso à Justiça no Brasil: um Agir Comunicativo na resolução de controvérsias de Direito de Família”. A discussão do assunto tratado mostrou-se relevante, pois coaduna com o movimento da promoção ao efetivo acesso à Justiça no Brasil.

Com efeito, a prática da Mediação ainda é muito recente, tendo sido regulamentada inicialmente pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e mais pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Dessa forma, surgiu a indagação central deste trabalho: o Instituto de Mediação seria apto a tornar mais célere o processo no Brasil no que se refere às controvérsias familiares?

Em atenção ao problema proposto, levantou-se a hipótese da celeridade processual com a utilização do Instituto da Mediação no ordenamento Jurídico brasileiro, em decorrência do avanço gradativo dessa prática como meio alternativo de resolução de conflitos, por diversos Tribunais de Justiça, culminando com sua regulamentação e normatização no então Código de Processo Civil, que trouxe significativas inovações quanto à regulamentação destes institutos alternativos de resolução de litígios.

Foram apresentados os posicionamentos doutrinários a respeito da matéria em estudo, com suas fundamentações, objetivando a obtenção da resposta para o questionamento formulado, bem como a confirmação da hipótese aventada.

Ademais, cumpre informar que no tocante à metodologia, a pesquisa utilizou, quanto às bases lógicas de investigação, o método hipotético-dedutivo, visto que o objeto foi observado com a finalidade de verificar se a hipótese inicial se adequou à solução da problemática ou se a conjectura apresentada merece ser refutada. Abordou-se o problema, por sua vez, com base na pesquisa qualitativa, posto que a análise do objeto problematizado consubstanciou-se no processo de compreensão do dinamismo jurídico-social no Brasil do século XXI, com o intuito de colaborar com o processo de mudança do referido grupo. No que tange ao exame do objetivo geral, a pesquisa teve natureza exploratória, com o proporcionar uma maior intimidade entre

a pesquisadora e o questionamento sugerido. Por fim, segundo o procedimento técnico, a pesquisa foi desenvolvida a partir da apreciação dos discursos contidos em livros, artigos científicos e publicações periódicas, notadamente, por meio de um levantamento bibliográfico.

A seguir cabe realizar a apresentação do sumário, que foi didaticamente dividido em seções. A primeira seção se destinou às considerações iniciais, nas quais se deu a apresentação do trabalho. Na segunda seção, fez-se uma abordagem teórica, sendo apontados conceitos, associando a aplicabilidade do Instituto da Mediação à resolução das controvérsias familiares, para tanto demonstrou-se o modelo contemporâneo de família e a influência dos princípios constitucionais no tocante à interpretação e aplicação do Direito de Família, trazendo um diálogo entre a utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos e a Teoria do Agir Comunicativo. A terceira seção, por sua vez, tratou da análise do tema pesquisado, iniciando por uma abordagem acerca da transformação do Estado refletida no Poder Judiciário e o Direito de Família no Brasil com o intuito de explicar a crise pela qual passa a Justiça Tradicional, passando-se ao enfrentamento da utilização dos meios alternativos de solução de discórdias e a promoção do efetivo acesso à Justiça. Trouxe também a discussão acerca do instituto da mediação e da conciliação, com enfoque na sua evolução desde de a Resolução nº 125/2010 do CNJ até a atual regulamentação pelo Código de Processo Civil, e por fim apresentou a aplicabilidade da mediação de conflitos na experiência brasileira. Na quarta seção, expuseram-se as considerações finais da presente monografia, na qual, o problema inicialmente proposto obteve resposta, cumpriram-se os objetivos traçados e a hipótese aventada confirmada em sua íntegra, fundamentada na pesquisa desenvolvida ao longo deste trabalho.

Neste intento, ressalta-se que a contribuição jurídica do estudo da matéria em questão decorre da aproximação conceitual referente aos meios alternativos de resolução de controvérsias aos operadores do direito, notando-se mudança de paradigma quanto à cultura da utilização da tradicional via jurisdicional contenciosa e substitutiva, para as vias alternativas de resolução de controvérsias, notadamente, a mediação que por meio da auto composição traz os sujeitos como corresponsáveis pela solução alcançada.

Ante o exposto, cabe frisar que não se propõe com o estudo do presente tema o seu exaurimento, mesmo porque a prática da mediação ainda é uma realidade recente no Brasil.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 FAMÍLIA: ASPECTOS CONCEITUAIS CONTEMPORANEOS ÀS LUZ DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A etimologia do termo **família**, segundo explanação de Farias e Rosenvald (2012), decorre da língua dos oscos, situados no norte da península italiana, da expressão **famel**, que possui raiz latina no termo **famul**, que significa **servo ou conjunto de escravos**. Para os referidos autores, porém, a origem terminológica exposta não traduz a concepção atual do termo família, cabendo apenas para demonstrar o sentido de agrupamento.

Destarte, a família, com agrupamento humano, é historicamente o alicerce das relações sociais, que decorrem tanto os fenômenos naturais quanto os sociais, devendo ser estudada a partir dos diferentes ramos do conhecimento, dentre eles, a ciência do direito.

A conceituação da entidade familiar trazida pela ciência jurídica por meio do discurso da doutrina especializada, não se afigura unânime, mesmo porque não há como se pretender uma definição imutável, na medida em que a família amolda-se às diferentes perspectivas sociais em cada período da história.

A ideia de família no direito moderno, no dizer de Beviláqua (1976, p.16), “é o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações”.

Nessa conjuntura, Miranda (2002, p.59) afirma:

Ainda modernamente, há multiplicidade de conceitos da expressão “família”. Ora significa conjunto das pessoas que descendem de tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes, ou nos arquivos, ou na memória dos estranhos; ora o conjunto das mesmas pessoas, mais os afins apontados por lei; ora o marido e a mulher, descendentes e adotados;

ora, finalmente, marido, mulher e parentes sucessíveis de um e de outra.

No entendimento do jurista Paulo Lobo (2009), a concepção de família, sob o ponto de vista jurídico, é de uma instituição dividida em duas estruturas associadas, quais sejam: os vínculos e os grupos, havendo, segundo eles, três formas de vínculos que podem coexistir ou existir separadamente: o primeiro deles, o vínculo de sangue, o segundo o de direito e o terceiro, o de afetividade. Assim, a partir dos vínculos se compoem os grupos que integram, sendo o primeiro o conjugal, o segundo chamado de parental (correspondente aos pais e seus filhos) e o terceiro, o grupo secundário, formado de parentes por afinidade.

Na lição de Farias e Rosenthal (2012), não há possibilidade de se fixar um modelo único de família em virtude da multiplicidade de fatores que transformam as relações sociais ao longo do tempo e que provocam a necessidade de adaptá-la.

Esse entendimento passou por uma evolução histórica e social até chegar à sua feição contemporânea. Nessa perspectiva, fez-se necessária uma breve inteligência acerca das mudanças históricas da definição de família para que se possa compreender a forma contemporâneas deste instituto.

Destacam Farias e Rosenthal (2012), que o olhar histórico da feição da família no Brasil merece se afastar de digressões muito aprofundadas e tomar como marco inicial o molde patriarcal, hierarquizado e transpessoal, influenciado pela Revolução Francesa que inspirou o Código Civil Brasileiro de 1916. Naquele modelo alicerçada no patrimônio e fundada na máxima do “até que a morte nos separe”, o vínculo deveria ser mantido mesmo que implicasse no sacrifício da felicidade pessoal dos seus membros.

O conceito de família refletido no Código Civil de 1916 sofreu influência do Código Canônico. Na visão da Igreja Católica, conforme leciona Cunha (2010) a família é fundada na instituição do casamento, que se trata da união entre o homem e a mulher, por um ato solene, sagrado e indissolúvel.

Sob a ótica de Farias e Rosenthal (2012), a família era compreendida como unidade econômica, visando à produtividade, calcada nos lações patrimoniais. O instituto de se unir era para o acúmulo de riquezas e fortalecimento do patrimônio, não se pensava em afeto, muito menos na felicidade dos membros. A impossibilidade de dissolução do vínculo decorria dessa ideia, na medida em que desagregar a família seria desestruturar o próprio modelo de sociedade daquele período histórico. O

Código civil de 1916 trazia o casamento como um instituto sacralizado, indissolúvel e como única forma de se atribuir a um relacionamento o status de família. O mencionado diploma não reconhecia qualquer outra forma de expressão de afetividade como tal instituição. A dissolução do casamento não era permitida, além de não reconhecer os filhos gerados fora como legítimos.

O modelo patriarcal e matrimonializado evidenciado ao longo do século XX no ordenamento jurídico pátrio, por não se compatibilizar com os valores introduzidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cedeu espaço à concepção contemporânea de família, fundada no afeto e na promoção da dignidade da pessoa humana.

A Carta magna de 1988 tratou de forma especial acerca do assunto, destinando um capítulo próprio ao tema, qual seja o Capítulo VII, notadamente, em seu art. 226, o qual evidencia a importância da família para a sociedade brasileira, aduzindo:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

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

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A Constituição Federal de 1988 além de confirmar normas já consagradas pela sociedade, não abandonando o casamento como meio ideal de formação da família, inovou ao trazer para o arcabouço jurídico a realidade social vivida no país, abarcando como entidade familiar a união estável, como também, a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, reconhecendo, ainda, a igualdade entre

filhos havidos fora do casamento e por adoção, aos filhos decorrentes do casamento e de origem sanguínea, respetivamente.

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamental à ordem jurídica, como se infere do artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e norteador das interpretações das interpretações jurídicas, não poderia dissociar-se da concepção do instituto familiar. Assim, o novo modelo, fundado no afeto, traduz-se na valorização dos seus componentes, que são pessoas e, portanto, merecem tratamento igual e solidário entre si, devendo a família promover as condições ideais para a proteção à personalidade de seus membros.

Nessa linha de raciocínio é que o Código Civil de 2002 à luz da Constituição Federal de 1988 traz, em seu bojo, o reconhecimento das diversas formas de família, estabelecidas pelas relações de consanguinidade, por estruturas jurídicas solenes ou simplesmente pelo afeto.

No que concerne à importância da afetividade como norteadora das relações familiares, Dias (2012) entende que a família deve ser identificada pela comunhão da vida, de amor, de projetos, companheirismo, solidariedade e afetividade, devendo essas relações serem pautadas na igualdade e respeito entre seus membros. O Estado, por sua vez, deve atuar de forma moderadora nesse âmbito, evitando a ingerência demasiada na vida dos indivíduos.

Retomando, pois, à tarefa de conceituação da família contemporânea à luz dos preceitos constitucionais da República Federativa do Brasil, cumpre trazer o pensamento de Farias e Rosenvald (2012), que lhe definem como o instrumento de promoção da dignidade de seus membros, servindo como base para a conquista da felicidade.

Diante do exposto, a família moderna à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mostra-se como o agrupamento humano fundado no afeto e na solidariedade, que possui a função de servir como ambiente ideal para a promoção da dignidade da pessoa humana.

2.2 O DIREITO DAS FAMILIAS NO BRASIL

A respeito do Direito das Famílias o Brasil, o olhar histórico também merece ter como ponto de partida a regulamentação contida no Código Civil de 1916, que, como

já se pode notar diante do descrito acima, trazia como objeto desse ramo do Direito apenas a família constituída pelo casamento, patriarcal e patrimonialista.

Nas percepções de Farias e Rosenvald (2012), durante a vigência do Código Civil de 1916, o Direito das Famílias era conceituado como o conjunto de normas e princípios que regulamentavam a celebração do casamento e os efeitos dele resultantes, assim como as relações pessoais e patrimoniais da sociedade conjugal e sua dissolução, tratando das relações entre genitores e seus descendentes, do vínculo de parentesco e dos institutos complementares da tutela, curatela e ausência.

Nesse contexto é que preleciona Rodrigues (2008), ao examinar o Código Civil de 1916 em seu Livro I, da Parte Especial, mostrando que o Direito de Família englobava três grandes formas: o primeiro tratando do casamento, que se afigurava como o instituto basilar no qual decorria a família legítima; o segundo grande tema correspondia às relações de parentesco; e o terceiro tratava dos institutos da tutela, curatela e ausência.

O Direito de Família Brasileiro, no entanto, passou por profundas mudanças após o regramento dado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e em consequente pelo Código Civil de 2002, não sendo mais cabível a centralização do seu objeto na família matrimonializada.

Como ensinam Farias e Rosenvald (2012), a definição contemporâneas do Direito das Famílias está vinculada à própria evolução histórica e conceitual da família, revelando-se como um arcabouço de normas e princípios que regulam as relações, formadas pela afetividade, com o intuito de promover a dignidade da pessoa humana, gerando efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais.

Após o Código Civil de 2002 a doutrinadora Diniz (2012, p.7) apresenta o seguinte entendimento:

Direito de família é o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela.

Tomando como fundamento os institutos delimitados pelo Código civil de 2002, Tartuce (2012) conceitua o Direito de Família como o ramo do Direito Civil que traz em seu conteúdo os institutos do casamento; da união estável; do parentesco; da

filiação; dos alimentos; do bem de família; da tutela, curatela e guarda; investigando, também, as novas formas de família.

O citado autor divide o Direito de Família, preceituado pelo Código civil de 2002, em dois grandes blocos, o primeiro denominado por ele de “Direito Existencial”, centrado no princípio da dignidade da pessoa humana e fundado em normas de ordem pública, e o segundo chamado de “Direito Patrimonial” tendo o seu cerne no patrimônio, vinculado a normas de ordem privada.

Quanto à natureza jurídica do Direito de Família, Rodrigues (2008) afirma que por ser a família a instituição basilar da sociedade, merece uma proteção maior do Estado, devendo ele zelar por seu fortalecimentos e manutenção. Por isso, quase a totalidade das normas desse ramo do direito são de ordem pública, não sendo passível de serem derogadas pela simples vontade das partes.

No tocante às características das Normas do direito das Famílias, Farias e Rosenvald (2012, p.27) preceitua que possuem natureza do Direito Privado, mas de acordo com eles:

Em síntese apertada: apesar de encartada, topologicamente, na seara do direito privado (e, por conseguinte, submetida à autonomia privada, norteadora das relações entre particulares), a norma jurídica (princípios e regras) do Direito das Família pode, eventualmente, se apresentar cogente e de ordem pública, quando disser respeito a situações existenciais. É o exemplo dos institutos relativos à filiação e ao bem de família (direito social à moradia). Considerada a peculiar natureza que adquirem as normas familiares nas relações existenciais, vislumbra-se uma certa mitigação da autonomia privada (princípio norteador do Direito Civil como um todo), embora não integralmente.

Dispõe Gonçalves (2012) a respeito das transformações trazidas pela Constituição Federal de 1988 e os novos valores, fundada na promoção da pessoa humana, que revolucionaram o Direito de Família. Para o mencionado autor, essa mudança de paradigma se deu a partir de três pilares básicos, quais sejam: o artigo 226 diz que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”; o segundo pilar localizado no §6º do artigo 227, que proíbe a discriminação entre os filhos havidos dentro ou fora do casamento; o terceiro pilar situado nos artigos 5º, inciso I, e art. 226, §5º, que trazem o princípio da igualdade entre homens e mulheres.

Insta afirmar que as mudanças enfrentadas pelo Direito das Famílias em decorrências de sua adequação aos mandamentos da Constituição Federal de 1988

e consentaneamente ao Código Civil de 2002 estão reveladas em seus princípios, decorrendo daí a necessidade da abordagem do tema em linhas seguintes.

2.2.1 Princípios constitucionais do Direito das Famílias

No tocante à conceituação do termo princípio, Farias e Rosenald (2012), expõem que deriva da linguagem utilizada na geometria, referindo-se às “verdades primeiras”, ou seja, são as diretrizes fundantes para o desenvolvimento de um sistema. Assim, os princípios são verdadeiras regras de interpretação das normas jurídicas, funcionando, ainda, como vetor de integração do ordenamento jurídico.

Na tratativa do tema interpretação da norma constitucional, Temer (2007, p.24) declara que os princípios “são mais do que normas, servindo como vetores para soluções interpretativas.”

A doutrina especializada, a exemplo de Maria Helena Diniz e Carlos Roberto Gonçalves, converge no sentido de que os princípios do Direito de Família devem estar em consonância com a principiologia trazida pela Constituição Federal de 1988, com a finalidade de conferir aplicabilidade à supremacia constitucional. Nessa senda, rege-se o Direito de Família contemporâneo, notadamente, pelos seguintes princípios:

a) Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, situado no artigo 1º, III, Da Constituição Federal do Brasil de 1988.

Cláusula geral de proteção integral à pessoa, a dignidade da pessoa humana é direito fundamental da República Federativa do Brasil, conforme disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (grifo nosso):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...].

Fundando e objetivando o constitucionalismo democrático, a dignidade da pessoa humana tornou-se um dos temas mais discutidos após a segunda guerra mundial, sendo a sua importância esplanada em todo mundo ocidental, o que foi substancializado em declarações, constituições e convenções internacionais, assumindo o status de justificação moral e de elemento normativo para os direitos fundamentais (BARROSO, 2013).

A dignidade está descrita em vários documentos de tamanha importância para o mundo. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, da UNESCO, em seu artigo 1º, afirma que o homem nasce livre e igual em dignidade e em direitos. A Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), por sua vez, faz constar em seu preâmbulo a dignidade do ser humano.

No Brasil, considerada um princípio estruturante e conformador dos demais princípios constitucionais (SILVA, 2004), a dignidade da pessoa humana, em relação ao direito de família, ganhou cores vivas na dicção do §7º do artigo 226, da Constituição Federal de 1988:

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Conforme ensinamento de Tepedino (1999, p. 328), com relação à extensão constitucional do princípio da dignidade humana ao artigo inerente ao direito de família, ressalta-se que:

[...] alcançada pelo art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, dá conteúdo à proteção da família atribuída ao Estado pelo artigo 226 do mesmo Texto Maior: é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas do direito positivo, em particular, aquelas que disciplinam o Direito de Família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo social.

Tendo em vista que a função mais relevante do Estado é estruturar a vida em sociedade, compete-lhe a proteção dos indivíduos e controle dos excessos para que não haja colisão de interesses. Sendo assim, foram criadas normas que descrevem

valores, manifestadas pela importância dos direitos humanos, em virtude das emoções, sentimentos do ser humano.

Ocorre que “a falta de previsão legislativa não pode servir de justificativa para se negar a prestação jurisdicional ou deixar de reconhecer a existência de direito merecedor de chancela jurídica” (DIAS, 2013, p. 26). Sendo assim, após a constitucionalização do direito civil, os princípios constitucionais, que não se confundem com os princípios gerais de direito, foram convertidos em fontes normativas, e expressam os valores mencionados anteriormente.

A dignidade da pessoa humana manifesta-se pelo valor fundamental de respeito à pessoa humana, o que ganha forma quando da sua interpretação no âmbito do Direito de Família. Neste plano, válido destacar o posicionamento de Perlingieri (1997, p. 246-7):

No âmbito de relevância do núcleo familiar na sociedade civil, assume específica importância o tema dos direitos fundamentais da pessoa. Normalmente, o ângulo visual a partir do qual ele é proposto é aquele de apresentar em formas separadas, de um lado, a família e os seus direitos originários e invioláveis, do outro, os direitos das pessoas que compõem o núcleo, de maneira a propor a primeira como elemento que condiciona os segundos ou vice-versa.

Considera-se que a dignidade da pessoa humana só foi elevada a fundamento do Estado Democrático de Direito a partir da despatrimonialização do Direito Civil. Desde então, a pessoa passou a tomar o lugar do patrimônio, que era o centro e objeto das relações privadas.

Sendo assim, tem-se que a dignidade está servindo como uma regra que determina a aplicabilidade de todos os institutos jurídicos à pessoa humana, no Estado Democrático de Direito. A partir dessa aplicabilidade funcional, nota-se a necessidade, essencialmente no Direito de Família, do tratamento igualitário às pessoas, preservando sua intimidade, afetividade, fugindo de qualquer preconceito, e protegendo, conseqüentemente, a sua dignidade.

Tratando sobre o conceito do princípio da dignidade da pessoa humana, considera-se que possa ser inferido como princípio de manifestação primária dos valores constitucionais, abastecido de emoções e sentimentos. Isto faz com que se torne impossível falar sobre a dignidade da pessoa humana apenas de forma intelectual, ou em relação aos demais princípios, mas sempre atrelada à afetividade.

O direito de família tem conexão direta com os direitos humanos. Sem dúvida, a família é o lugar privilegiado de realização da pessoa, pois é quando e onde ela começa a se desenvolver pessoalmente, e dá início, ainda, ao seu processo de socialização e cidadania, incluindo-se no laço familiar, fundamental para a inclusão nos laços sociais (PEREIRA, 2004). Neste diapasão, tem-se ainda os ensinamentos de Farias e Rosenvald (2013, p. 46), que consideram que:

Assim sendo, a proteção ao núcleo familiar tem como ponto de partida e de chegada a tutela da própria pessoa humana, sendo descabida (e inconstitucional!) toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem, sob o pretexto de garantir proteção à família.

A partir do momento em que o Direito de Família passa a ser observado pautado pela Dignidade Humana, é necessário a valorização de cada membro da família e não da entidade familiar como instituição. Isto porque passou a vigorar a ampla liberdade do ser humano em construir ou desfazer os laços conjugais, visto que o valor supremo da relação é considerado o alcance da felicidade.

Tal valor supremo pode ser constatado, por exemplo, no quanto disposto no artigo 1.511 do novo Código Civil Brasileiro: “o casamento estabelece uma comunhão plena de vida entre os cônjuges”. Inferese do referido diploma legal, portanto, que a vida em comum apenas se justifica enquanto esta acarretar numa comunhão afetiva da vida do casal, não se mantendo se, por algum motivo, este laço em comum teve fim.

Válido observar, porém, que a proteção deverá abranger todo o tipo de núcleo familiar, levando a interpretação extensiva ao artigo 226 da Constituição Federal, e a não taxatividade do seu rol de modelos familiares. De acordo com o posicionamento de Farias e Rosenvald (2013, p. 85):

[...] todas as entidades formadas por pessoas humanas que estão vinculadas pelo laço afetivo, tendendo à permanência, estão tuteladas juridicamente pelo Direito das Famílias, independentemente de celebração de casamento. É o que vem se denominando família eudemonista, isto é, tendente à felicidade individual de seus membros, a partir da convivência, permitindo que cada pessoa se realize, pessoal e profissionalmente, convertendo-se em seres socialmente úteis, não mais se confinando ao estreito espaço da sua própria família.

Na família, portanto, deverá ser assegurada a tutela da dignidade da pessoa humana, em todo o alcance desta expressão, tanto enquanto as relações familiares estiverem firmes, quanto no seu rompimento, cabendo ao direito oferecer instrumentos para impedir a violação a este valor supremo, como forma de garantir a proteção a toda e qualquer pessoa envolvida na relação.

Diante do exposto, não resta dúvida de que o princípio da dignidade da pessoa humana, então contemplado, deverá nortear as relações familiares, objeto do presente estudo.

b) Princípio da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade familiar decorre do princípio da solidariedade social insculpido no artigo 3º, I, da Carta Magna.

A doutrina contemporânea aduz que os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana são inseparáveis e constituem o alicerce do ordenamento jurídico pátrio.

Como menciona Serejo (1999, *apud* FARIAS; ROSENVALD, 2012) o Direito das Famílias, a partir da Carta Magna de 1988, está fundamentado nos valores da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade entre os seus membros.

Conforme a inteligência de Tartuce (2012) ser solidário corresponde à ideia de assumir responsabilidade por outro indivíduo, o que traduz o entendimento de solidariedade do direito das obrigações. Para o doutrinador a solidariedade familiar, por sua vez, deve ser entendida na concepção ampla do termo, englobando o compromisso com a afetividade e a moral, observando o caráter social, patrimonial, sexual e espiritual. Assim sendo, a família deve proporcionar o desenvolvimento de seus membros, fundada no respeito e na solidariedade entre os indivíduos que a compõem.

Cumprido informar alguns exemplos da aplicação do princípio da solidariedade familiar no Código Civil de 2002, dentre eles destacam-se: o artigo 1.513, que expressa a vedação à interferência na comunhão de vida instituída pela família; o artigo 1.630, que trata do poder familiar e se traduz no dever dos pais em promoverem a formação de seus filhos; o artigo 1.566, III, que evidencia o dever de mútua assistência entre os cônjuges; e o artigo 1.694 e seguintes, que tutelam o dever de

prestar alimentos. Além dos referidos comandos legais, cabe trazer ao estudo do presente tema, os dispositivos constitucionais que revelam o princípio normativo da solidariedade no âmbito familiar, notadamente, o artigo 227, caput, que estabelece a responsabilidade da família em promover o apoio social, afetivo e financeiro ao indivíduo em formação, bem como o artigo 226, §8º, que revela o dever do estado de assegurar a assistência familiar.

Nessa conjuntura, o princípio da solidariedade deve informar as interpretações dos institutos do Direito de Família, visto que a Constituição Federal o trouxe como um objetivo fundamental; portanto, com maior razão, o referido princípio deve ser efetivado nas relações familiares, que são marcadas pela afetividade e responsabilidade recíproca entre seus membros.

c) Princípio da função social da família

Preceitua o artigo 226, caput, da Constituição Federal, que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. E como tal, possui a função de formar cidadãos para o convívio com seus semelhantes.

Ao tratar do assunto, Gama e Guerra (2007 apud FARIAS; ROSENVALD, 2012) asseveram que os institutos do Direito das famílias, em conjunto, devem cumprir o papel para a qual foram destinados; para tanto, devem buscar sua essência nos princípios constitucionais.

Dito de outro modo, Tartuce (2012, p.1045) expressa que: “Em suma, não reconhecer função social à família e à interpretação do ramo jurídico que a estuda é como não reconhecer função social à própria sociedade [...]”

Como visto, a família como instituto jurídico deve cumprir a missão para qual é destinada, proporcionando um ambiente adequado ao desenvolvimento de seus membros, em observância aos mandamentos emanados do ordenamento jurídico pátrio, especialmente dos preceitos contidos nos princípios constitucionais que a disciplinam, principalmente os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, acima explícitos.

d) Princípio da Afetividade

Historicamente, até meados do século XX, o modelo tradicional de família era a patriarcal, onde o núcleo familiar era composto de questões meramente patrimoniais, a hierarquia era visível, onde o homem ocupava o papel de provedor e chefe da família, enquanto o papel da mulher se resumia à cuidar das tarefas domésticas e a cuidar dos filhos.

Como o crescimento do movimento feminista as mulheres passaram a ocupar importante papel no sustento da casa, que provocou uma reestruturação nos papéis que cada membro desempenhava. A mulher passou a ter autonomia, não mais ficando vinculada a um relacionamento por causa de uma dependência econômica e o homem passou a participar das atividades domésticas.

Todas estas transformações sociais foram estampadas na Constituição Federal de 1988 que revolucionou o Direito de Família, por consagrar diversos direitos e garantias às mulheres.

Neste diapasão, a característica nuclear da família, que antes se resumia à questões patrimoniais, passou a ser o afeto, o sentimento de cumplicidade e solidariedade mútua entre o casal. O afeto tornou-se a característica inerente e essencial a qualquer tipo de entidade familiar. O elemento distintivo da família, que a coloca no manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir pessoas com identidades de projetos de vida e propósitos comuns, gerando um comprometimento recíproco. (DIAS, 2013).

A afetividade passou a ter cunho jurídico, elevando-se à categoria de princípio. Isso se deu pelo fato de o direito passar a valorizar o sujeito com suas subjetividades, a pessoa passou a ser o centro das discussões jurídicas, em detrimento do patrimônio.

Associando-se isto com o princípio da dignidade da pessoa humana, norteador de todo o ordenamento jurídico, a pessoa humana, em sua individualidade, na figura de cada um dos membros da família, passou a ser o centro da ordem jurídica em detrimento da própria instituição, o que pode ser aferido pela leitura do art. 226, §8º, da CF/88 que preceitua que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Apesar de o princípio da afetividade não estar explícito na Constituição Federal, pode-se identificá-lo em diversas normas espalhado pelo Texto Maior.

Foi, portanto, o princípio da afetividade, que tornou possível a legitimação de todas as formas de famílias, tornando-as merecedoras da proteção do Estado.

Acerca do afeto e do princípio da afetividade, dispõe Pereira (2014, p.178):

Sendo o Direito de Família, ou melhor, das famílias, uma tentativa de regulamentação e organização de relações de afeto e das consequências patrimoniais daí decorrentes, que são também da ordem da sexualidade, o princípio da afetividade passou a ser fundamental e essencial, refletindo em todos os seus campos e servindo como base e desdobramento de outros princípios, tais como a dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da responsabilidade.

Sobre a consequência do valor jurídico da afetividade, Tartuce (2012) traz como exemplo: o reconhecimento da união homoafetiva, com a decisão do Supremo Tribunal Federal, em cinco de maio de 2011, publicada no Informativo n.625; a possibilidade de reparação civil pelo abandono afetivo, decisão da Terceira Turma do Superior tribunal de justiça, em vinte e quatro de abril de 2012, no REsp 1.159.242/SP, Relatora: Ministra Nancy Andrighi; assim como o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, que segundo o autor acima citado, enquadra-se na expressão “outra origem”, apresentada no artigo 1.593 do Código Civil de 2002.

Desse modo, compreende-se que as famílias contemporâneas são regidas pelo afeto, devendo o princípio da afetividade permear todas as relações jurídicas decorrentes do Direito de Família, para que se traduza em realidade a perspectiva constitucional acerca deste instituto.

e) Princípio da igualdade entre os filhos

O princípio da igualdade entre os filhos advém do artigo 227, §6º, da CRFB/88, que traz a seguinte afirmação “Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Combinado com o artigo 1.596, do Código Civil de 2002, que repete o mandamento constitucional. (BRASIL,1988).

Tartuce (2012) destaca, que já se encontra ultrapassada a discriminação que existia entre filhos, prevista no artigo 332 do Código Civil de 1916, que mencionava: “O parentesco legítimo ou ilegítimo, segundo procede ou não de casamento; natural ou civil, conforme resultar de consanguinidade ou adoção”. O autor declara, ainda,

que este dispositivo legal foi revogado em 1992 pela lei 8.560, que regulamentou a investigação de paternidade.

Como expõe Diniz (2006, p.21) não é cabível no ordenamento jurídico pátrio nenhuma discriminação entre os filhos em legítimos, naturais ou adotivos, eles devem ter os mesmos direitos quanto ao nome, alimentos, e sucessão. A autora dispõe, também, que “[...] a única diferença entre as categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio do reconhecimento; logo só se poderia falar em filho didaticamente, matrimonial ou não matrimonial, reconhecido ou não reconhecido.”

Em outras palavras, Gonçalves (2012) ensina que o princípio em análise não permite que haja tratamento distinto entre os filhos, bem como permite, a qualquer tempo, os seus reconhecimentos, proibindo qualquer registro dos termos discriminatórios com relação à origem da filiação nos assentos do nascimento.

Para Farias e Rosenvald (2012), a aplicação do princípio da igualdade entre os filhos acarretará consequências de natureza existencial e patrimonial. O efeito existencial revela-se na impossibilidade de denominar um filho de adúltero ou incestuoso, por sua vez, o efeito patrimonial está evidenciado na igualdade de direitos hereditários.

Assim, infere-se que o Direito das Famílias, nos moldes da Carta Magna de 1988, não admite a discriminação entre os filhos, devendo os dispositivos legais que se proponham a tratar do tema, estar em conformidade com preceitos constitucionais acima evidenciados.

f) Princípio da igualdade entre o homem e a mulher nas relações familiares

O princípio da igualdade entre o homem e a mulher nas relações familiares, encontra o seu fundamento no preceito constitucional da isonomia consagrado no artigo 5º, I, da CRFB/88, que estabelece que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Combinado com o artigo 226, §5º, também da CRFB/88, que traz o regramento específico que diz: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. (BRASIL, 1988).

Ademais, cumpre mencionar que, no parecer de Tartuce (2012), a união entre o homem e a mulher com a finalidade de estabelecer família pode ser caracterizada tanto como uma sociedade conjugal, caso decorra do casamento, quanto como

sociedade convivencial, fruto da união estável. Destarte, o Código Civil de 2002, em seu artigo 151, enuncia que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Por sua vez o artigo 226, §3º da CRFFB/88, reconhece a união estável como entidade familiar. Nota-se, portanto, que a igualdade entre homem e mulher deve permear todas as modalidades de constituição da família.

Para Farias e Rosenvald (2012, p.118) deve ser observado que o intuito do texto constitucional em evidenciar a isonomia entre ambos, possui a aparência de uma tentativa de “pôr cobro a um tempo discriminatório, em que o homem chefiava a relação conjugal, subjugando a mulher.”

Por oportuno, Gonçalves (2012, p.23) traz as seguintes informações:

O art. 233 do Código Civil de 1916 proclamava que o marido era o chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe a administração dos bens comuns e particulares da mulher, o direito de fixar o domicílio da família e o dever de prover à manutenção desta. Todos estes direitos são agora exercidos pelo casal, em sistema de congestão, devendo as divergências ser solucionadas pelos juiz (CC, art. 1.567, parágrafo único). O dever de prover à manutenção da família deixou de ser apenas um encargo do marido, incumbindo também à mulher, de acordo com as possibilidades de cada qual (art. 1.568).

Depreende-se do discurso doutrinário que o tratamento isonômico consagrado na Carta Magna de 1988 não é compatível com a antiga concepção de 1916. Diniz (2006. P.19) conclui que na atual conjuntura social brasileira não há mais espaço para a família patriarcal “[...] de modo que a responsabilidade pela família passa a ser dividida igualmente entre o casal”.

Na lição de Tartuce (2012) a respeito dos efeitos práticos da aplicação do princípio da igualdade entre homens e mulheres nas relações familiares, aponta como exemplo: o direito recíproco de pleitear alimentos; o direito de escolher de forma livre pela utilização do nome do outro, com fulcro no art. 1565, §1º, do Código Civil de 2002; bem como a substituição do termo pátrio poder para a expressão poder familiar, demonstrando a “despatriarcalização do Direito da Família.

Diante do exposto, observa-se que o princípio da igualdade entre homens e mulheres, nas relações familiares, deve ser observado pelo regramento infraconstitucional, norteador das interpretações dos juristas nos casos concretos, sob

pena de afrontar os preceitos estabelecidos pela Constituição da República federativa do Brasil de 1988.

g) Princípio do pluralismo familiar

O artigo 226 da CRFB/88 inaugura uma nova compreensão acerca do instituto da família, superando a concepção, matrimonializada e proporcionando o reconhecimento do pluralismo familiar. Ocorre que, no referido dispositivo constitucional são mencionados três tipos de entidades, quais sejam: a formada pelo casamento, a constituída pela união estável entre homem e a mulher e a família formada por qualquer um dos pais e seus descendentes. Conclui-se do discurso doutrinário a necessidade de identificar a taxatividade ou exemplificação do rol de família contido no artigo em análise.

Como discorre Lôbo (2008, p.61), “os tipos de entidades familiares previstos no artigo 226 da Constituição Federal são os mais comuns e é por isso que estão explicitados”. Para o citado autor as demais formas de se unir em família são alcançadas pelo regramento de forma implícita.

Na inteligência de Farias e Rosenvald (2012, p. 87) a interpretação mais adequada do rol previsto no dispositivo constitucional em comento é a da não taxatividade, ressaltando que:

Realmente, a não admissibilidade de quaisquer comunidades afetivas (denominadas por algumas entidades para familiares) como núcleos familiares, afastando-as da incidência protetiva do direito das Famílias, sob frágil argumento de não estarem explicitamente previstas no art. 226, colidiria a mais não poder com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial, por ser descabida discriminação de qualquer espécie à opção afetiva de cada cidadão.

Nessa senda, Dias (2003 *apud* FARIAS; ROSENVALD 2012) afirma que o reconhecimento do pluralismo das entidades familiares, como princípio do Direito das Famílias, garante a efetiva proteção do Estado, às diversas possibilidades de formações.

Fica claro, portanto, que o posicionamento doutrinário contemporâneo atendendo à concepção da instituição familiar fundada no afeto e na promoção da dignidade da pessoa humana, tende a interpretar o princípio da pluralidade familiar

insculpido no artigo 226 da CRFB/88, de maneira ampla, estendendo a proteção do Direito das Famílias a todas as formas de expressão de afeto elencadas ou não no rol do supracitado artigo.

Em tempo, apesar da contribuição constitucional para a adequação do tratamento jurídico para as relações familiares contemporâneas, essas ainda evidenciam uma complexidade, sobretudo no que concerne aos novos arranjos familiares, que devem ser vistos sob a ótica de um direito positivo das famílias mais adequado a nova realidade social. Nesse intento, cabe ressaltar o projeto de lei n. 2.285/2007, construído pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, que visa à reestruturação de toda a matéria e a criação de um estatuto autônomo com a criação de novas regras de direito material e processual, objetivando que as soluções para os conflitos familiares sejam pautadas nos princípios acima estudados, notadamente, do da afetividade, solidariedade e pluralidade.

Por fim, após o estudo realizado a respeito da família e do Direito de Família no Brasil, passa-se ao enfrentamento do tema conflito e suas peculiaridades no âmbito familiar, assim como a apresentação dos meios alternativos para a resolução dessas controvérsias.

2.3 MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E DIREITO: MEDIAÇÃO, ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO

Com base nas ideias do doutrinador Yarn (1999 apud AZEVEDO 2012, p. 27), o conflito por ser conceituado como: “um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis”. Ela destaca também que, na maioria das vezes é interpretado como uma experiência negativa, na qual, necessariamente haverá um perdedor e um vencedor.

Seguindo a linha de raciocínio, Sales (2007, p.25) expõe que o conflito é costumeiramente identificado como “um momento de instabilidade, de sofrimento, de angústia pessoal, dificilmente é percebido como um momento de possível transformação.” Diz, ainda, que o conflito deve ser analisado como algo inerente à convivência em sociedade, servindo como ferramenta de aperfeiçoamento das relações humanas, devendo ser resolvido de forma tranquila e natural.

A concepção da resolução de conflitos por meio do perde-ganha evidenciada no processo judicial tradicional, merece ser revista. É o que se infere do discurso doutrinário, notadamente, o exposto por Sales (2007, p.26):

No modelo judicial de solução de conflitos – Poder Judiciário -, existem partes antagônicas, lados opostos, disputas, petição inicial, contestação, réu, enfim, inúmeras formas de ver o conflito como uma disputa em que um ganha e outro perde. Na mediação a proposta é fazer com que os dois ganhem – ganha-ganha. Para se alcançar esse sentimento de satisfação mútua, é necessário se discutirem bastante os interesses, permitindo que se encontrem pontos de convergência, dentre as divergências relatadas [...]

Dessa maneira, é que se percebe a necessidade da introdução dos meios alternativos de resolução dos conflitos, dentre os quais se destaca a mediação, por possibilitar a renovação do diálogo entre as partes para que elas cheguem a um consenso e ambas possam sair vencedoras.

Analisando de forma crítica a nomenclatura de meios alternativos de resolução de conflitos, principalmente no que tange à palavra alternativa, Serpa (1999 *apud* ROBLES 2009, p. 30) questiona: “Por que alternativa? Tem-se que o meio normal seria o judicial. Contudo, ao observarmos a cultura jurídica europeia, por exemplo, verificamos que o meio alternativo é o judicial.”

Ressalva Capelletti (1994 *apud* AMARAL 2009), que, em algumas modalidades de controvérsias, os meios conciliatórios funcionam de forma mais adequada do que a via judicial tradicional, deixando de ter uma função meramente subsidiárias, na medida em que produzem uma solução mais eficiente do que se tivesse decorrido de um processo contencioso. O renomado autor traz como exemplo as relações familiares.

Os conflitos no âmbito familiar são dotados de peculiaridades e segundo Fiorelli, Fiorelli, Malhadas Júnior (2008) apresentam-se na forma de conflitos estruturais, notadamente poderes mal distribuídos entre os familiares, desentendimentos a respeito das finanças e diminuição do tempo destinado ao convívio familiar em decorrência dos compromissos com o trabalho e outras atividades; conflitos de relacionamento, assim como o excesso de exigências quanto a demonstração do afeto, a falta de comunicação ou a ineficiência dessa, a intolerância recíproca que pode vir a desencadear uma escalada de violência que pode ser verbal, psicológica ou física; os conflitos de expectativas, nos quais não se

conciliam o comportamento esperado e o realmente manifestado no cotidiano; conflitos de percepção em decorrência das divergências na interpretação dos fatos; por fim, os conflitos de posições e interesses, traduzidos na incompatibilidade da vida em comum quando esta separa o indivíduo da possibilidade de realização de suas necessidades pessoais. Ademais, além das características apresentadas, as relações são formadas por vínculos da afetividade com caráter duradouro, não sendo a forma mais adequada a imposição de uma solução técnica por um terceiro, mas sim uma construção criativa pelos próprios sujeitos interessados.

A via negocial na resolução de controvérsias, é vista por Didier Jr. (2016, p. 271) não apenas como o meio mais célere, mas também como aquele que consagra o caráter democrático na solução do litígio, por fomentar a participação popular. Senão, vejamos:

Compreende-se que a solução negocial não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução de litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder - o caso, o poder de solução de litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático.

Para Azevedo (2012, p. 36) os conflitos não podem ser resolvidos apenas com base em regramentos positivados e sua simples subsunção ao caso concreto. “Ao examinar quais fatos encontram-se presentes para em seguida indicar o direito aplicável à espécie (subsunção) o operador do direito não pode mais deixar de fora o componente fundamental ao conflito e sua resolução: o ser humano.”

Conforme ensina Medina (2004, *apud* AMARAL 2009) a cultura jurídica brasileira é tendenciosa a concentrar no Judiciário o poder para a resolução de confronto, temendo, ainda, que a utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos diminua a procura pelos serviços profissionais dos advogados.

Ao tratar sobre o papel do advogado na implementação dos meios alternativos de resolução de conflitos Amaral (2009, p.67-68) instrui que:

Embora sua atuação seja facultativa na arbitragem (art.21, §3º, da lei 9.307/96). Na mediação forense o paraprocessual, a atuação dos advogados é de grande importância, sobretudo no momento de redigir o acordo eu porá fim ao conflito. Quanto à conciliação, nos juizados

especiais, é dispensada a presença dos advogados quando o valor da causa não ultrapassar vinte salários mínimos; podendo, todavia, participar como juízes leigos e árbitros. De outra parte, é dever dos advogados incentivar a conciliação entre os litigantes, prevenindo os litígios sempre que possível (art. 2º, parágrafo único, inciso VI, do Código de Ética e Disciplina da OAB).

Ademais, Grinove (1993 *apud* ALMEIDA 2007) leciona que está se intensificando a consciência de que a relevância da pacificação social se sobrepõe à necessidade de que o estado mantenha o monopólio da resolução dos conflitos, podendo a pacificação se dá por meios alternativos, desde que demonstrem eficiência.

Porém, o que se vê hoje é uma mudança de paradigmas no que diz respeito aos meios tradicionais de resolver controvérsias, exaltando a necessidade/obrigatoriedade de submeter os litígios à autocomposição, tal comportamento é incentivado e fomentado pelo próprio Poder Legislativo que o faz por meio da edição de diversas Leis neste sentido.

O Novo Código de Processo Civil ratifica e normatiza este novo cenário ao dedicar um capítulo para regular a mediação e a conciliação (arts.165-175); estrutura o procedimento de modo a instituir a conciliação em fase anterior ao oferecimento de defesa pelo réu (art.334 a 695); permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515 III; art. 725, VIII), dentre outras medidas inovadoras que visam incentivar a utilização dos chamados meios alternativos na resolução de controvérsias. (Didier Jr, 2016).

Cumprе salientar que os meios alternativos de resolução de conflitos são instrumentos para a promoção da pacificação social e Ciochetti (2000 *apud* ROBLES 2009, p. 31) assevera que:

[...] podem ser classificados de acordo com a manutenção ou não do poder decisório dos sujeitos que se encontram em uma disputa. Assim, os meios de resolução nos quais o sujeito mantém o poder de solucionar as controvérsias são denominados meios autocompositivos, enquanto os meios nos quais o poder de solução é recebido ou conferido a um terceiro são chamados de heterocompositivos.

Destarte, realizada a apresentação dos meios alternativos de solução de conflitos como instrumentos de pacificação social, cumprе passar ao estudo mais

detido sobre os principais institutos que os compõem, quais sejam: a arbitragem, a conciliação e a mediação, trazendo seus conceitos e apontando suas características.

2.3.1 Arbitragem

Apesar de apresentar ser um meio novo para a resolução de desacordos, a arbitragem é uma das formas de solução de controvérsias mais antigas. Sustenta Morais (1999, *apud* AMARAL 2009, p.78) que:

[...] a arbitragem teve origem na Antiguidade, existem provas de sua existência na Grécia, praticada tanto entre particulares como entre as cidades-estados, como é no caso do Tratado de Paz entre Esparta e Atenas, em 445 a.C.

Evidencia Amaral (2009) que a arbitragem, no ordenamento jurídico brasileiro, foi disciplinada na Constituição de 1864 em seu artigo 160, que facultava às partes o direito de nomear juízes arbitrais, sendo posteriormente tratada em outros diplomas legais, como, por exemplo, o Código Comercial de 1850, notadamente, em seu artigo 294, que estabelecia uma arbitragem obrigatória; os Códigos de Processo Civil de 1939 (artigos 1.031 a 1.040) e de 1973 (artigos 1.072 a 1.12); pela Carta Magna de 1988 (artigo 4º, VII e artigo 114, §1º); pela Lei 9.099/95 (artigos 24 a 26) e, atualmente, é regulamentada pela lei 9.307 de 1996.

Passando por essa breve apresentação histórica a respeito da utilização do instituto da arbitragem, cabe trazer a ideia exposta por Rebelo (2007, p.325) de que ela “ressurge no mundo contemporâneo, no momento de globalização, de exigências de velocidade nos negócios e nas soluções de atritos contratuais. É uma importante opção pelos benefícios inerentes”.

Conceituando o instituto da arbitragem, Casmona (1993 *apud* ROBELS 2009, p. 32-33) preceitua que se trata de:

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

Na lição de Sales (2007, p.46), por sua vez, a arbitragem pode ser definida como “um procedimento em que as partes escolhem uma pessoa capaz e de sua confiança (árbitro) para solucionar os conflitos.”

Em outras palavras, Rabelo (2007, p.325) também expressa acerca da arbitragem que se trata de:

Técnica que visa dar solução a uma questão que interessa às relações entre duas pessoas, por uma ou mais pessoas – o árbitro ou árbitros, seus poderes têm origem em uma convenção privada e julgam com base nessa convenção, sem serem investidos desta missão pelo Estado.

Com efeito, Amaral (2009, p.80) aduz que a arbitragem é um método alternativo de resolução de conflitos, do qual, pessoas capazes podem se utilizar para resolver desacordos quanto a direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, que podem ser convertidos em pecúnia, escolhendo um árbitro (definido no artigo 18 da Lei 9.307 de 1996), “o qual é o juiz de fato e de direito e cuja decisão não está sujeita à homologação ou passível de recurso no judiciário”.

A natureza jurídico do instituto da arbitragem é tema controvertido entre os doutrinadores, para alguns ela teria natureza unicamente contratual, para outros possuiria caráter simplesmente publicista e para uma terceira corrente haveria uma fusão entre as anteriores. Ao tratar do assunto, Amaral (2009, p. 3) destaca que há três correntes:

A privativa que dá ênfase à natureza contratual da arbitragem, pois o árbitro não teria o poder de coerção dos juízes; a publicista, que admite a função jurisdicional dos árbitros, não porque as partes os escolheram, mas em razão do Estado conceder-lhes esse caráter, tendo o laudo nuances próprias de uma sentença; e por último, a que defende a natureza mista, isto é, contratual e jurisdicional da arbitragem.

Ressalte-se que o posicionamento acerca da natureza híbrida da arbitragem, notadamente o exposto por Medina (2004, *apud* AMARAL 2009, p.84), que traz a ideia de que a arbitragem nasce contratual, iniciando por um acordo entre as partes. E possui como termo uma atividade jurisdicional que é a resolução do litígio por meio da

sentença vem assumindo um papel de destaque para a doutrina especializada, como sendo o mais acertado para o tema.

A submissão do conflito ao árbitro ou tribunal deve ser norteadada pelo princípio da autonomia da vontade, pois ao firmarem o compromisso arbitral, por exemplo, as partes renunciam o direito da apreciação pelo judiciário do tema referente ao litígio. Nesse parâmetro, entende Rabelo (2007, p.327) que:

A autonomia da vontade das partes é princípio basilar do direito das obrigações, logo, é um dos fundamentos da arbitragem. Há a necessidade da manifestação das partes no sentido de expressarem a vontade de solução pela via arbitral. O poder de julgar reconhecido aos árbitros nasce de um acordo de vontades. Este poderá ser firmado na peça contratual (cláusula arbitral), ou seja, na hipótese de algum conflito, bem como poderá ser firmado após a existência de conflito, independentemente de previsão contratual (compromisso arbitral).

De acordo com Targa (2004 *apud* AMARAL 2009) existem dois momentos para a eleição da arbitragem como meio de resolução do conflito, com procedimentos distintos, quais sejam: a cláusula compromissória, que antecede à instauração do conflito, pois é estabelecida no momento da confecção do contrato; e o compromisso arbitral, que é feito por decisão das partes após a instalação do conflito, podendo ser firmado tanto nos autos de um processo judicial ou extrajudicial, quanto por instrumento público ou particular.

A respeito do desenvolvimento do processo arbitral, Maia Neto (2012, p. 293) informa que “deve seguir as regras contidas no regulamento do órgão arbitral onde se processa a arbitragem, se institucional, e no caso de arbitragem *ad hoc*, na Convenção de Arbitragem”. Explicita, ainda, que apesar de não estar vinculado estritamente ao Código Civil o árbitro deve respeitar, no desenrolar do procedimento, aos princípios do contraditório, garantindo às partes as mesmas oportunidades de se manifestarem no procedimento; da igualdade entre as partes, aproximando-as a um mesmo nível na relação contratual; da imparcialidade e do livre convencimento, abstraindo-se das questões de cunho subjetivo do procedimento, analisando as provas e expondo os motivos que o conduziu a tomar sua decisão.

Após essas noções preliminares cumpre frisar que a arbitragem é um meio alternativo de resolução de conflitos, que apesar de possuir certa formalidade, com regras estabelecidas pela lei 9.307/96 que a regula no ordenamento jurídico brasileiro, evidencia-se mais célere que a Justiça promovida pelo Estado. Como observa Dumont

(2007), as vantagens do procedimento arbitral residem no maior grau de participação dos sujeitos interessados, que escolhem desde o árbitro até o procedimento a ser utilizado, determinando, ainda, o prazo para a conclusão da arbitragem e o grau de sigilo. Em regra, o procedimento arbitral, deferentemente do judicial, é sigiloso e célere durando, no máximo, seis meses se nada for estabelecido pelas partes.

A utilização da arbitragem é facultada tanto às pessoas físicas, quanto às jurídicas, desde que o conflito em análise envolva direitos patrimoniais disponíveis. Ocorre que, na visão de Sales (2007, p.46):

Os conflitos mais adequados à solução por meio da arbitragem são aqueles que requerem sigilo, celeridade e decisão por uma pessoa (árbitro) especialista sobre a natureza do problema. As empresas brasileiras têm procurado, de forma crescente, a arbitragem, considerando a necessidade de sigilo de suas transações, celeridade (tendo em vista que, em alguns casos, uma semana de indecisão inviabiliza a transação comercial) e principalmente decisões técnicas especializadas sobre o objeto dos contratos. São exemplos contratos imobiliários, dívidas, contratos comerciais em geral.

Partindo do entendimento doutrinário acima apresentado, verifica-se que a arbitragem é um meio alternativo de resolução de controvérsias, heterocompositivo, haja a vista a decisão ser tomada por um terceiro (árbitro); célere, pois se afasta dos excessos de formalidade, e sigiloso, do qual as partes se utilizam para resolver conflitos de cunho patrimonial e disponíveis. Atualmente, no ordenamento jurídico pátrio, este instituto tem ganhado maior relevância diante da sua utilização pelas empresas no que tange à resolução dos conflitos de cunho contratual.

2.3.1 Conciliação

O instituto da conciliação, assim como a arbitragem acima estudada, é um meio alternativo de resolução de conflitos muito antigo, que teve sua utilização renovada na contemporaneidade, principalmente em decorrência da necessidade de se evitar o desgaste provocado pelo processo judicial. Como declara Media (2004 *apud* AMARAL 2009, p. 71) “admite-se a sua existência entre os hebreus, entre os gregos antigos e na Lei das XII Tábuas, tendo significativo papel na época medieval. Contudo, não se tem notícias se os mecanismos utilizados eram similares aos atuais”.

A história da conciliação no Brasil na intelecção de Miranda Neto e Meirelles (2012, p.220) merece ter como ponto de partida o Império, durante o qual, a regra era conciliar, exercendo o juiz de paz o papel de conciliador. Para os aludidos autores, porém, “com o avanço do cientificismo e a unificação legislativa, prevaleceu a concepção autoritária do Código de Processo Civil de 1939, no qual não havia previsão para conciliação no procedimento comum ordinário [...]”

De acordo com Amaral (2009, p.72), tratando, ainda, da evolução histórica do instituto da conciliação no Brasil, cabe mencionar a reinserção da conciliação com o advento do Código de Processo Civil de 1973, nas palavras da autora:

Posteriormente, com o novo Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, introduziu-se o instituto da conciliação, quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, bem como nas causas relativas à família (art.447 e parágrafo único), que deve ser tentada no início da audiência de instrução e julgamento. Contudo, a tentativa de conciliação não é obrigatória para as partes, que podem demandar diretamente ao Judiciário, mas é dever de ofício do magistrado tentar conciliá-las.

Nas concepções de Miranda Neto e Meirelles (2012, p.220) que a utilização do instituto da conciliação se fortalece no Brasil com o processo de redemocratização do país, citam os mencionados autores que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 98, prevê a instituição, pelos Estados, de Juizados Especiais que possuem a competência para realizar a conciliação na esfera civil e a transação em matéria penal. Ressalte-se que os Juizados Especiais Cíveis e Criminais foram regulamentados pela Lei 9.099/95. Cabe informar o que dizem os mesmo:

Paralelamente, a Lei 8.952/1994 reformara o Código de Processo Civil a fim de impor ao juiz o dever de tentar conciliar as partes em qualquer fase do processo (art.125, IV, do CPC), além de instituir audiência específica para este fim (art. 331 do CPC).

Nesse passo, o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu artigo 2º, inciso IV, aponta como dever ético do advogado “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”. (BRASIL,1995).

Ademias, o Novo Código de Processo Civil estimula a utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias, estabelecendo o regramento da conciliação e mediação como auxiliares da Justiça, o que não exclui a possibilidade de utilização de outros institutos de forma extraprocessual. O referido Diploma Legal, conceitua conciliador como sendo:

Art. 165. Caput

(...)

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Diante do exposto, passa-se à tarefa de conceituação do instituto da conciliação, que, conforme dispõe o parágrafo único da Lei 13.140/2015:

Art. 1º Caput.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia

Preconiza Sales (2007, p.42) “a conciliação é um meio de solução de conflitos em que as pessoas buscam sanar divergências com o auxílio de um terceiro, o qual recebe a denominação de conciliador”.

Ainda na tratativa do conceito de conciliação, Dumont (2007, p.73) assevera que:

É, portanto, uma forma direta de resolução de controvérsias, administrada por um terceiro (conciliador) investido da autoridade ou indicado pelas partes, a quem compete aproximá-las, controlar as negociações, aparar as arestas, sugerir e formular propostas, apontar vantagens e desvantagens, objetivando sempre a composição do litígio pelas partes.

Cumprе mencionar que no ordenamento jurídico brasileiro, existe tanto a conciliação extrajudicial, quanto a judicial, como leciona Sales (2007, p.45):

A primeira ocorre antes do processo. Caso não haja acordo, as partes envolvidas, se assim decidirem, encaminham o litígio ao Poder Judiciário. Em se tratando da conciliação judicial, que acontece durante o processo, não havendo solução para a controvérsia, dá-se prosseguimento ao processo para apreciação e decisão do juiz.

Compreende-se, do discurso doutrinário acima transcrito, que a conciliação visa solucionar o conflito apresentado pelas partes, por meio da intervenção de um conciliador, que participa ativamente do procedimento, propondo soluções e aproximando os litigantes, na tentativa de realização de um acordo.

Impende salientar que, com base na doutrina especializada, o procedimento da conciliação possui um caráter simplificado, não se adequando aos impasses que necessitem de um maior aprofundamento. Nessa esteira é o entendimento de Sales (2007, p. 44-45), o exposto:

Assim, tendo em vista a interferência mais direta do conciliador durante as discussões, inclusive sugerindo soluções, tornando-as mais superficiais (exatamente porque os conflitos não exigem maiores aprofundamentos), apresentavam-se como conflitos adequados à conciliação: colisão de veículos, questões relacionadas a recálculo de dívidas, ou seja, questões nas quais não existem relações complexas ou contínuas entre as pessoas.

Complementando o discurso acima apresentado, Amaral (2009) expõe que o procedimento da conciliação deve ser utilizado nos conflitos em que as partes não possuam vínculos, ou seja, em situações pontuais, nas quais não há uma necessidade de convivência após a resolução da discórdia. O autor cita, novamente, com exemplo, os impasses resultantes de um acidente de trânsito.

Por fim, tem-se que a conciliação, como os demais meios alternativos de resolução das controvérsias, objetiva estimular a composição do litígio pelas partes, evitando que causas relativamente simples sobrecarreguem o Poder Judiciário, resolvendo o conflito por meio de um procedimento mais simplificado, portanto, mais célere e acessível.

2.3.3 Mediação

Há registros da existência da mediação em diversas culturas ao longo da história. Assim, não se configura como uma novidade, tampouco como uma criação

moderna. Ela também é empregada como instrumento alternativo para resolução de conflitos. Moore (1998 apud AMARAL 2009, p.61-62) ressalta que:

Em quase todas as culturas do mundo existiu a mediação, tais como: judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas e indígenas. Na antigas comunidades judaicas, a mediação era usada por líderes religiosos e políticos, visando solucionar conflitos. Posteriormente, na Europa mediterrânea, na África do Norte e no Oriente Médio, os rabinos praticaram a mediação para decidir questões religiosas, pois os judeus em muitos lugares não tinham acesso a outros meios de resolução de disputas. Essas tradições judaicas foram utilizadas pelos cristãos emergentes, que consideravam Cristo como supremo mediador. [...] Enfim, por muito tempo na Europa, até a época renascentista, a Igreja Católica e a Igreja Ortodoxa foram as principais instituições de resolução de conflitos, quando o clero exercia o papel de mediador das disputas familiares, criminais e diplomáticas entre os membros da nobreza.

Nesse diapasão, Drumont (2007,p.74) ensina que a expressão mediação decorre do latim *mediare* que significa dividir. “É instituto bastante antigo e era utilizada para solucionar conflitos e desentendimentos entre as cidades e os Estados”.

Na experiência estrangeira, notadamente, Estados Unidos, França e Canadá, a mediação é amplamente difundida e aplicada para resolução de controvérsias. Esse é o entendimento de Andrade (2010, p. 46), que explica que nos Estados Unidos prevalece o modelo criado na Universidade de Havard no fim do século XX, que objetiva diminuir a quantidade de processos que sobrecarregavam o Poder judiciário, solucionando a demanda que aumentaram no pós-guerra, nesses modelo de mediação volta-se, de forma predominante, ao confronto já estabelecido. No que tange à forma de utilização desse instituto na França e no Canadá, merece observar que os moldes atuais são muito parecidos, tendo em vista que, o modelo francês se inspirou na forma aplicada pelo Canadá. Nesse intento, destaca o referido autor que, “[...] no Canadá e na França foi concebido um modelo, no qual, o acordo não é objetivo em si, mas uma consequência lógica da transformação do conflito pelas mãos dos mediandos, sob o olhar atento e imparcial do mediador”.

No Brasil, a mediação passou a ser regulamentada pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que trouxe diversas mudanças e aperfeiçoamentos ao cenário da resolução de litigiosos, ressaltando a importância e necessidade de utilização dos meios alternativos como forma de desafogar o Poder Judiciário.

O conceito de mediação exposto por Nazareth (2002 apud ROBLES 2009, p. 31) traduz-se em uma compilação das variadas correntes doutrinárias atualmente aceitas que estão em consonância com o que dispõe a norma acima mencionada:

Um método de condução de conflitos, aplicado por um terceiro neutro e especialmente treinado, cujo objetivo é reestabelecer a comunicação produtiva entre as pessoas que se encontram em um impasse, ajudando-as a chegar a um acordo, se esse for o caso.

Enquanto Sales (2007, p.23) a define como:

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

Para Didier Jr. (2016, p.274) a mediação tem a seguinte concepção:

Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. [...] Ela é por isso mais indicada nos casos em que exista uma relação anterior e permanente entre os interessados, como nos conflitos societários e familiares.

Depreende-se, assim, que a mediação é um meio alternativo de resolução de conflitos, pautado na não-adversidade, no qual um terceiro imparcial (mediador) aproxima ou reaproxima as partes por meio do diálogo.

Os doutrinadores apontam que no processo de mediação precisam ser respeitados determinados princípios, como por exemplo, os enumerados por Dumont (2007, p. 75): “voluntariedade”, que se infere que a mediação deve ser utilizada de forma livre e consciente pelas partes envolvidas, com a demonstração da disponibilidade para a resolução do conflito por meio desse instituto; “sigilo e confidencialidade”, que se apresentam como uma garantia para as partes de que o que ocorrer durante o procedimento, bem como as informações prestadas serão

sigilosas e só poderão ser divulgadas com a autorização delas, excetuados os casos de conduta criminosa ou futura que envolva menores, em que há o dever para o mediador comunicar à autoridade competente; por fim, a “credibilidade e imparcialidade”, que correspondem à participação comedida do mediador, atuando de forma neutra e imparcial, apenas no que for necessário para promover a facilitação do diálogo entre os envolvidos.

No que tange aos objetivos da mediação, vale destacar a busca pela restauração do diálogo entre as partes, com o intuito de se obter a resolução da controvérsia. Na lição de Sales (2007, p.33-34):

A mediação possui vários objetivos, dentre os quais se destacam a **solução** dos conflitos (boa administração do conflito), a **prevenção** da má administração de conflitos, a **inclusão social** (conscientização de direitos, acesso à justiça) e **paz social**.
(grifo da autora)

Ainda na tratativa acerca dos objetivos do instituto da mediação, Dumont (2007, p. 76) preceitua que:

O objetivo maior da mediação é a reaproximação entre as partes sendo o acordo a consequência. Entretanto, existem outros objetivos importantes: diminuir o volume de litígios junto a judiciário; diminuir custos com o processo; proporcionar maior rapidez na solução de conflitos; acesso à justiça.

Tanto a conciliação quanto a mediação são regidas pelos princípios da independência, imparcialidade, autorregramento da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada (art. 166, CPC).

A **independência** consiste na liberdade que o mediador e o conciliador possuem para atuar sem sofrerem pressões de qualquer parte, conduzindo a sessão de modo a garantir o seu pleno desenvolvimento; a **imparcialidade** é requisito indispensável ao processo de mediação ou conciliação. O mediador ou conciliador não podem ter qualquer interesse no conflito. O art. 5º da Lei 13.140/15 assegura que “A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.”; o **autorregramento**

da vontade assegura que todo o procedimento seja pensado de modo a permitir às partes a tomarem a melhor solução para seu problema jurídico. A vontade das partes, é, portanto, o corolário da mediação, não podendo o mediador constranger qualquer das partes à autocomposição; a **confidencialidade** assegura que as informações produzidas ao longo do procedimento não podem ser utilizadas para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes (art.166, §1º, CPC). Mediador e conciliador, devem, portanto, manter sigilo profissional; a oralidade e informalidade tornam o procedimento mais leve e sem as formalidade e “peso” dos processos judiciais. O mediador e conciliador devem usar uma linguagem acessível, e não podem usar vestimentas solenes; e, por fim, o princípio da **decisão informada**, que assegura que as partes devem estar bem informadas acerca da decisão, bem como de suas consequências, só assim o consenso pode ser efetivado. (Didier Jr., 2016).

Ademais, a Lei nº13.140/15 acrescenta ao rol, os princípios da isonomia (art. 2º,II), e a busca do consenso (art. 2º, VI).

Após as considerações feitas sobre o instituto da mediação, cumpre analisar a figura do mediador, suas características e funções. Para tanto assegura do Código de Processo Civil:

Art. 165. *Caput*.

(...)

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

Nessa esteira, pertinente é a afirmação feita por Freitas (2009, p.223):

A figura do mediador é a de um terceiro imparcial que auxilia os envolvidos na superação das mazelas decorrentes da dissolução da união ou do conflito de interesses comuns, tanto patrimonial como extrapatrimonial [...]

Nessa perspectiva, ao tratar do papel de mediador Soldá e Oltramari (2011, p. 117) explicitam que:

Como Pôde ser observado, não há mediação sem a pessoa que promove o diálogo entre as partes, ou seja, o mediador. Ele é um terceiro que deve se manter imparcial, para auxiliar no entendimento

dos envolvidos e encaminhando da melhor maneira a resolução do litígio existente.

No tocante à função do mediador e sua influência para as partes, sublima Moore (1998 apud AMARAL, 2009, p.99):

A influência do mediador resulta de sua autoridade, que é garantida pelos próprios envolvidos, em razão de sua “credibilidade pessoal e confiabilidade, habilidade para melhorar o processo de negociação, [...] capacidade para manter as partes unidas com base em seus próprios interesses, desempenho ou reputação como pessoa capaz [...]”

Ainda nessa linha de pensamento, Dumont (2007, p. 77) aponta as características necessárias ao mediador:

Deve, portanto, o mediador ter características tais como, paciência, presença de espírito, discrição, firmeza e determinação, sensibilidade, compaixão; deverá ele ouvir com a razão e o coração, bem como fazer pelas partes o que gostaria que lhe fosse feito caso estivesse vivendo algo semelhante. Importante também é que o mediador seja treinado para o exercício da mediação, devendo para isso conciliar teoria e prática, não havendo nada que o impeça de ter seu próprio estilo, mantendo-se, porém, dentro das regras estipuladas.

Ressalta-se que os meios alternativos de resolução de controvérsias vêm, de forma gradativa, sendo reconhecidos no Brasil. Amaral (2009, p. 67) aponta a relevância da instituição do INAMA – Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem, ressaltando que o referido instituto “tem grande experiência na administração de processos de mediação e arbitragem, bem como na realização de cursos de formação de árbitros e mediadores”. A autora aponta, ainda, como importante contribuição para o avanço da mediação no Brasil, a criação do CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem, que instituiu os Regulamentos- Modelo e os Códigos de Ética a serem respeitados pelos mediadores.

Em se tratando de controvérsias de Direito de Família, que envolvem uma carga sentimental mais acentuada, Langoski (2010, p.15) afirma que:

O processo judicial não traz elementos para lidar com a questão subjetiva dos envolvidos em conflitos familiares, motivo pelo qual a decisão judicial baseada única e exclusivamente na lei pode até promover a justiça, mas dificilmente estará atendendo aos interesses

das pessoas envolvidas motivo dos inúmeros retornos ao Estado-juiz para solucionar pendências relativas àquela relação familiar, muito menos irá se ater aos processos individuais relativos ao desgaste emocional. [...] Neste sentido, a auto composição dos conflitos, por meio da mediação, mostra-se como o instrumento mais eficaz a ser utilizado nas controvérsias familiares, pois vai muito além de resolver legalmente o conflito; interessa o bem-estar das pessoas envolvidas, inclusos aqui os filhos, os enteados, os demais familiares que têm relação com o impasse.

Ademais, observa-se que a mediação tem obtido importantes resultados na resolução dos conflitos familiares, na medida em que os acordos por serem construídos pelas pessoas envolvidas no processo têm um maior índice de cumprimento. Nessa conjuntura é a inteligência de Freitas (2009, p. 223):

Na seara familista, a mediação tem sido muito difundida, pois obtém excelentes resultados no auxílio do alcance de um acordo que as partes entendam como justo. Logo, seu cumprimento é igualmente facilitado, já que partiu das próprias partes envolvidas, e não de uma determinação judicial.

Em tempo, necessária se faz a diferenciação do instituto da mediação dos demais meios alternativos de resolução de conflitos acima estudados, quais sejam a arbitragem e a conciliação. Assim, doutrina Barbosa (2004 apud FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 68):

A conciliação é um mecanismo extintivo do conflito de interesses através de um acordo celebrado entre as partes. Ou seja, é uma transação em juízo. Na arbitragem, utiliza-se para a resolução de determinados conflitos de interesse (notadamente patrimoniais) um árbitro, indicado pelas partes. É uma espécie de “justiça privada escolhida pelas partes”. Distintamente de tais figuras, a mediação utiliza uma terceira pessoa neutra para auxiliar as partes conflitantes (mediandos) a despertar seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito, chegando a uma solução.

Ao apontar os traços distintivos entre a mediação e os outros meios alternativos de resolução de conflitos utilizados no Brasil, Sales (2007, p.43) aponta que a diferença principal entre a mediação e a conciliação reside na interferência do terceiro na solução da controvérsia. A autora expressa:

Na mediação não há essa interferência. O mediador apenas facilita o diálogo e, por meio de técnicas próprias, estimula as partes a

sugerirem soluções. O conciliador aponta soluções, porém cabe às pessoas aceitar ou não. O mediador, por sua vez, incentiva que as próprias partes encontrem as soluções, cabendo-lhe apenas organizar as ideias apresentadas. O diálogo na conciliação é mais superficial do que na mediação.

Na tratativa acerca das diferenças entre a mediação e a arbitragem, mais uma vez, cabe mencionar o entendimento de Sales (2007), que expõe a principal diferença a ser apontada: na arbitragem o poder de decisão é conferido ao terceiro (árbitro), enquanto que na mediação as partes constroem conjuntamente a solução da controvérsia.

Frente ao exposto, conclui-se que a mediação é o meio alternativo de resolução de conflitos mais indicado para as relações de caráter duradouro, ou seja, aquelas em que o relacionamento das partes transcende ao conflito apresentado, notadamente as controvérsias de Direito de Família.

2.4 TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA E A MEDIAÇÃO

A mediação de conflitos segue a tendência contemporânea da subjetivação dos direitos, propondo que o indivíduo assuma a responsabilidade de solucionar, por meio do diálogo, suas controvérsias. Para Barbosa (2010) a contribuição de Habermas para o instituto da mediação reside na sua preocupação com a subjetividade, bem como estruturas individualizadas de pensamento, privilegiando a auto composição dos conflitos. Explicando o referido filósofo a intersubjetividade como razão comunicativa, articulando a integração do sujeito e do objeto, exprimindo a razão básica do existir e conceituando o mundo da vida com toda expressão humana.

Tratando da função do agir comunicativo na ordem democrática Habermas (1997, p. 52-53) dispõe:

A partir do momento em que entendemos a socialização intencional do modo como foi sugerido, ou seja, mediada através da comunicação, não contamos mais com seres inteligíveis, oniscientes, sem corpo e que agem fora de um contexto; porém, com atores ligados a um corpo, socializados em formas de vida concretas, localizados no tempo histórico e no espaço social, envolvidos nas redes do agir comunicativo, os quais, ao interpretar provisoriamente a respectiva situação, têm que alimentar-se das fontes disponíveis de seu mundo da vida. [...] De outro lado, os atores não dependem apenas de seu mundo da vida. Pois esse mundo da vida só pode reproduzir-se, por

seu turno, através do agir comunicativo, o que equivale a dizer, através de processos de entendimento que dependem de tomadas de posição em termos sim/não.

Ao conceituar o direito subjetivo Amaral (1998 apud BARBOSA 2010, p.9) traz que:

Direito subjetivo é o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento. Figura típica da relação de direito privado e com ela até se confundindo, manifesta-se como permissão jurídica com a qual pode-se fazer ou ter o que não for proibido, como também exigir de outrem o cumprimento do respectivo dever sob pena de sanção. Denomina-se subjetivo por ser exclusivo do respectivo titular e constitui-se em um poder de atuação jurídica reconhecido limitado pelo direito objetivo. Seu titular é determinado e seu objetivo é específico.

No que tange ao conceito de direito objetivo, por sua vez, Barros (2011) discorre que se trata do estabelecimento de regras sistematizadas, que a todos compete obedecer para que seja mantida a ordem e a segurança no convívio em sociedade.

Cumprir frisar que Habermas reflete sobre a subjetividade das relações humanas em sua Teoria do Agir Comunicativo, que, na visão de Dalbosco (1996 apud Oliveira, p. 8), possui o propósito de “reconstruir as condições as ação orientada ao entendimento”.

Assim, Habermas (1997, p.35-36) declara que:

O conceito “agir comunicativo”, que leva em conta o entendimento linguístico como mecanismo de coordenação da ação, faz com que as suposições contra factuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a construção e a manutenção de ordens sociais: pois estas mantêm-se o modo do reconhecimento de pretensões de validade normativas. Isso significa que a tensão entre facticidade e validade, embutida na linguagem e no uso da linguagem, retorna no modo de integração de indivíduos socializados – ao menos trabalhado pelos participantes. [...] No uso da linguagem orientada pelo entendimentos, ao qual o agir comunicativo está referido, os participantes unem-se em torno da pretensa validade de suas ações de fala, ou constatarem dissensos, os quais eles, de comum acordo, levarão em conta no decorrer da ação.

Com base no doutrinador Oliveira (2010, p. 10), ao utilizar a teoria do agir comunicativo como técnico para a resolução de conflitos deve ser observado que:

Na teoria da ação comunicativa, a racionalidade se manifesta nas condições de um acordo racionalmente motivado. Vale salientar que

ocorrendo o dissenso/desacordo, os interlocutores buscam restabelecer o consenso por meio de argumentos, em decorrência da racionalidade comunicativa, pois como critério da racionalidade, o ato de argumentar para o livre consenso é recomendação prática para uma boa convivência.

Nessa direção, depreende-se que a teoria do agir comunicativo de Habermas objetiva a mudança do paradigma do conflito para o da pacificação social por meio do consenso promovido pela comunicação eficaz. Nesse âmbito, o instituto da mediação como meio alternativo de resolução de conflitos, no qual, o mediador possui o papel de aproximar/reaproximar as partes pelo diálogo, como já amplamente explicitado na seção anterior, mostra-se como um terreno fértil para a aplicação dos pressupostos da teoria do agir comunicativo.

3. A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO REFLETIDA NO PODER JUDICIÁRIO E O DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL

Conforme ensina Amaral (2009), a forma assumida pelo Estado influencia diretamente no modo de ser do Poder Judiciário, que tem a competência de gerir a Justiça, função estatal assim como a executiva e legislativa.

Ao analisar a maneira como ocorreu a transformação do Estado no Brasil e suas consequências no âmbito do Poder Judiciário, Robles (2009) conclui que as transições entre Estado Liberal, para Estado Assistencial e, sucessivamente, para Estado Neoliberal ocorreram de modo abrupto, o que de acordo com a autora “ocasionou uma interpretação entre o espaço público e o privado”. Nesse diapasão, é que se manifestou a crise estatal na administração da justiça, até porque, o Direito como instrumento de regulação do Estado se mostrou ineficientes quando utilizado de forma impositiva. Sendo apontada pela doutrina como meio de reverter a referida crise, a reformulação do Direito impositivo para o Direito reflexivo, que cabe ao Estado direcionar as relações sociais na realização de um Direito pautado em ajustes e negociações.

Ante o exposto, cabe apresentar as feições pelas quais passou o Estado no Brasil apontando suas interferências no modo de ser do Poder Judiciário. Examinar-se-á, inicialmente, o Estado Liberal que como revela Amaral (2009, p.5) vigorou entre o fim do século XVIII e durante o século XIX podendo ser definido como:

[...]em esforço para restringir ao máximo o poder político, desenvolvendo-se em duas vertentes: a limitação do próprio Estado e a limitação da atividade governamental em relação à vida econômica e social.

Na mesma linha de percepção Robles (2009, p.19) conceitua o Estado Liberal como Estado mínimo, influenciado pela visão capitalista e marcado pela auto regulação do mercado:

[...] tal modelo de Estado objetivava justamente proteger os cidadãos de qualquer intervenção em suas vidas privadas, preconizando a auto regulação da sociedade, que pode ser observada, de maneira nítida, na teoria dos contratos, na qual se propagou, à época, o princípio do *pacta sunt servanda*, plenamente justificado pela ideologia liberal.

Lopes filho (2006 *apud* AMARAL 2009) apresenta os seguintes comentários quanto às características da constituição e conseqüentemente do Direito no Estado Liberal:

No Estado Liberal, a Constituição possui duas preocupações fundamentais: a organização do Estado, dispendo sobre a estrutura de funcionamento de seus órgãos, e o indivíduo considerado de forma isolada. Por sua vez, o Direito serve para garantir a auto regulação dos membros da sociedade, sendo dada grande importância ao contrato para regular os negócios entre os indivíduos. O processo visa exclusivamente a resolução de litígios, dando-se grande relevância ao princípio dispositivo, possibilitando a derrogação de algumas regras processuais pelas partes. Por fim, a postura do magistrado prima pela neutralidade e pela inércia.

Uma característica do estado Liberal apontada de forma comum pela doutrina é a aplicação da Teoria da Divisão de Poderes de Montesquieu. Para Ferraz Junior (1995 *apud* AMARAL, 2009, p.9):

A teoria clássica da separação dos poderes, construída com o objetivo de demolir a concepção da unidade hierárquica (rei) do sistema político, propiciaria uma crescente separação entre política e direito, regulando a influência política, aceitável no Legislativo e no Executivo e muito neutralizada no Judiciário. Essa neutralização, característica do Estado Liberal burguês, determina a importância da imparcialidade do juiz e o caráter necessariamente apartidário no desempenho de suas funções.

Nesse intento, a ideologia defendida durante o Estado Liberal, era a do exercício da liberdade individual fundada na máxima do que não é proibido torna-se permitido, devendo o Estado ter um nível de ingerência mais restrito, regulando apenas a organização do Estado e os direitos individuais. Robles (2009, p.20) preleciona que:

Referida ideologia acabou por legitimar a exploração do homem pelo homem, acentuando as desigualdades sociais, uma vez que aqueles economicamente mais fracos ficavam a mercê dos arbítrios praticados pelos mais fortes, já que não havia qualquer proteção estatal. Nessa

conjuntura, iniciaram-se as pressões sociais, os movimentos sindicais, que pleiteavam a interferência do Estado a fim de que não fosse permitida a verificação de excessos nas relações entre particulares.

Com a intensificação das desigualdades socioeconômicas apontadas acima, bem como a organização e conscientização dos movimentos sociais, o Estado Liberal cedeu espaço ao denominado Estado Social, o que gerou transformações reflexas nas funções exercidas pelo Poder Judiciário.

De acordo com Souza Júnior (2002 *apud* AMARAL 2009, p.64) o Estado social foi instituído no Ocidente a partir da Segunda Guerra Mundial, no início do século XX, tendo nascido de “um consenso político constitucional sobre valores éticos mínimos”.

Amaral (2009, p. 11-12) aponta como características marcantes do Estado Social a maior intervenção do estado tanto na esfera social quanto na econômica, mostrando-se mais próximo do Estado “ativo” em virtude da inserção dos novos valores de cunho coletivo. E considera, também que:

É inegável que as modificações efetuadas pelo Estado Social atingem diretamente o Judiciário, que está vinculado às metas impostas ao Estado pela Constituição. Dessa forma, o magistrado não pode mais ser neutro ou passivo, devendo ser comprometido com os fins e princípios almejados pelo Estado. Por fim, o processo passa a ter como objetivo não apenas solucionar conflitos, mas atuar escopos constitucionais.

Amaral conclui, ainda, (2009, p. 21) que com o advento do Estado Social o Poder Executivo ganhou força devido ao crescimento da implantação de políticas públicas, refletindo na modificação da função exercida pelo Poder Judiciário que aumentou a discricionariedade dos juízes, em virtude da “indefinição e indeterminação e de serem prospectivos” os direitos sociais. Ocasionalmente o que a autora intitula de “justicilização da política” ou “politização da justiça”.

Nessa senda, Robles (2009) analisa, de forma crítica, que o Estado Social trouxe como consequência a impossibilidade de se distinguir entre o espaço público e o privado.

Com efeito, Bedin (2002, p. 151-152) ao discutir sobre a transição entre o Estado Social e o denominado Estado Neoliberal afirma que no final da década de 70 do século XX as ideias socializantes foram substituídas pelas liberais, o que ocasionou, num “novo/velho modelo de administração de governo”. Aduz o aludido autor:

Em outras palavras, a revivescência das ideias liberais, hoje apresentadas sob a designação de neoliberais, viabilizou rapidamente um novo/velho modelo de administração para os governos oriundos de partidos com perfil socialista ou de tendência socializante. O núcleo irradiador deste novo/velho modelo pode ser compreendido a partir do lema menos Estado, mais mercado [...]

No que se refere às modificações introduzidas pelo Estado Neoliberal Morais (1999 *apud* AMARAL 2009, p. 38) assevera:

Sem dúvida essa nova conformação do Estado acarretou transformações de suas funções fundamentais, não somente a executiva, mas também a legislativa e a judiciária. No que se refere ao Executivo houve redução da máquina estatal, surgindo modificação na relação entre o serviço público e a iniciativa privada, que se associam com a finalidade de prestar serviços à comunidade. No Legislativo há um “pluralismo jurídico ou normativo, ou uma multipolaridade de centros de produção legislativa”, seja na esfera supranacional, seja na esfera privada. Por fim, no Judiciário há uma forte tendência à diversificação de fórmulas para a solução de controvérsias.

Como salienta Robles (2009, p.20) o Estado Neoliberal apresenta intervenções inadequadas o que provocou “a sua deslegitimação e ingerência na resolução dos conflitos sociais”.

Amaral (2009, p. 48) aponta que a crise observada no âmbito do Poder Judiciário, no que se refere à resolução de controvérsias, decorre da própria crise do “Estado contemporâneo”. A mencionada autora expressa:

Sintetizando, pode-se dizer que a crise no Judiciário é decorrente de uma crise maior, a crise do estado contemporâneo, aliada à crise do Direito e do processo, pois não funciona mais o sistema processual tradicional, com a morosidade da prestação jurisdicional, com seu formalismo exacerbado, oriundo do positivismo jurídico. Não obstante várias medidas terem sido adotadas pelo Judiciário no sentido de solucionar os problemas apresentados, elas ainda são insuficientes. Contudo, o Judiciário brasileiro está acompanhando o movimento das reformas adotadas por outros países, visando solucionar os obstáculos que inviabilizam o acesso à justiça.

Por oportuno, Robles (2009, p. 25) dispõe que a crise da administração da Justiça pelo Estado no tocante à falência das soluções de litígios pela imposição, seja pela falta de agilidade ou pela ineficiência da prestação jurisdicional possui um maior impacto no que tange aos conflitos abarcados pelo direito de Família, desde quando

essas controvérsias estão permeadas pela afetividade, não se adequando à objetividade da simples subsunção do fato à norma verificada nas sentenças judiciais.

A referenciada autora conclui:

Assim, tenho em vista a ingerência do Estado na resolução dos conflitos, em especial aqueles que versam sobre matérias de Direito de Família, faz-se preciso buscar outros métodos para a pacificação de tais disputas.

Nesse parâmetro, depreende-se que o Estado e a via judicial tradicionalmente aplicada se encontram em crise, sendo apontados pelos doutrinadores que as regras processuais e o excesso de formalidade têm dificultado o acesso à justiça, principalmente, em relação às demandas decorrentes do Direito de Família em virtude da necessidade de tratamento diferenciado devido à complexidade dos sentimentos que permeiam os conflitos. Daí surge a necessidade da utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias com o intuito de promover a pacificação e o efetivo acesso à justiça.

3.1 DIREITO DE FAMÍLIA: JUSTIÇA TRADICIONAL E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA

Para fins deste trabalho a ideia de Justiça Tradicional corresponde à Jurisdição, que será analisada a seguir com enfoque nas características que a distingue dos denominados meios alternativos de resolução de conflitos.

Como observa Rodrigues Júnior (2006, p.18) a jurisdição pode ser definida como uma das funções estatais. Leciona o autor em comentário que:

Por meio dessa função, o Estado coloca um terceiro imparcial, substituto das partes titulares dos interesses envolvidos solucionando o conflito em concreto, fazendo a atuação da vontade do direito objetivo que rege a lide de forma imperativa.

Por conseguinte, Amaral Santos referenciando Chiovenda (1997 *apud* AMARAL 2009, p. 60) afirma a respeito da função substitutiva da jurisdição:

A jurisdição é uma atividade secundária, substitutiva, porque se exerce em substituição à atividade das partes, que seria a atividade primária. Realmente, a atividade das partes em conflito se substitui pela do juiz, a fim de compô-lo e resguardar a ordem jurídica.

Verifica-se que o cerne da distinção entre a Justiça tradicional e os meios alternativos de resolução de conflito reside no fato de ser a primeira substitutiva à vontade das partes e os últimos são característicos pelo maior grau de participação dos sujeitos envolvidos no conflito, que tomam para si a responsabilidade de resolverem os seus impasses.

Ademais, no tocante ao monopólio estatal acerca da jurisdição Rodrigues Júnior (2006, p. 27) argumenta que não coincide com a ideia de monopólio do Poder Judiciário. Intui o autor que “a jurisdição é monopólio do estado, mas esse (não o judiciário), por intermédio da lei, pode concedê-la aos particulares, como na arbitragem (Lei 9.307/96).

Na verdade, Amaral (2009) considera que a jurisdição corresponde a uma atividade secundária, por via reflexa entende-se que a função primária para a resolução de conflitos pertence ao cidadão. A autora, diz ainda, que os processualistas passaram a incentivar a utilização dos meios autocompositivos, demonstrando que a jurisdição deve ser recurso secundário.

Ao comentar a respeito da jurisdição e da possibilidade de se utilizar os meios alternativos de resolução de controvérsias, Rodrigues Júnior (2006, p.26) explicita:

Ora, se o que interessa, de fato, é a pacificação social, pouco importa que ela se realize por intermédio do Estado, mediante jurisdição ou por outros meios. É possível e, as vezes, mais indicado, que alguns conflitos se resolvam a partir de outros meios, como, por exemplo, da arbitragem e da mediação.

Os denominados meios alternativos de resolução de conflitos funcionam como uma vetor de desburocratização e promoção do efetivo acesso à justiça. Dessa forma, cabe trazer a ideia exposta por Rodrigues (2002 *apud* RODRIGUES JÚNIOR 2006, p.27):

[...] é necessário destacar, frente à vagueza do termo “acesso à justiça”, que eles são atribuídos pela doutrina diferentes sentidos, sendo eles fundamentalmente dois: o primeiro, atribuindo ao significado de justiça o mesmo conteúdo que o Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à justiça e acesso ao Poder

Judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão justiça, compreende o acesso a ele como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. E conclui que esse último, por ser mais amplo, engloba, no seu significado, o primeiro.

O direito de acesso à justiça é consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que menciona que “a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 1988).

Ensina Amaral (2009, p.51) sobre a real amplitude do direito de acesso à justiça:

[...]o direito de acesso à justiça não pode ser visto como um simples direito de acessar o judiciário, pois a expressão acesso à justiça é muito mais abrangente, compreendendo o acesso a uma ordem jurídica justa, que deve ser extensiva ao maior número possível de pessoas.

O movimento pela efetividade do acesso à justiça é dividido por Capelletti e Garth em “ondas renovatórias”, que merecem ser apontadas no presente estudo. Nessa linha de raciocínio ao tratar sobre a primeira onda de acesso à justiça Rodrigues Júnior (2006, p. 28) ressalta:

A primeira onda, denominada assistência judiciária para os pobres, visa a superação dos obstáculos decorrentes da pobreza com o oferecimento de serviços jurídicos gratuitos. Devem-se oferecer aos que não têm condições econômicas, informações e assistência extrajudicial, antes do ajuizamento da ação, além de assistência judiciária e adequada representação legal no curso do processo.

Rodrigues Júnior (2006, p.29) informa, ainda, no tocante a aplicabilidade da primeira onda renovatória:

Referente à primeira onda apresentada por Capelletti e Garth, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 5º, assegura o acesso gratuito à justiça por meio do direito de petição (inc. XXXV) e da prestação de assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, além de criar a Defensoria Pública (art.134). Nesse ponto, essa Constituição deu um grande salto, pois não apenas assegurou a assistência judiciária aos hipossuficientes, mas a assistência jurídica integral e gratuita, muito mais abrangente que a primeira.

Diante do exposto, vê-se que, ao menos formalmente, as mudanças estabelecidas na “primeira onda renovatória” proposta por Capelletti e Garth foram incorporadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Concernente à “segunda onda renovatória” proposta pelos autores já citados, consiste no movimento de “representação dos interesses difusos”. Com base em Capelletti e Garth (2002 *apud* AMARAL 2009, p. 52) os interesses difusos correspondem a “interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito a um ambiente saudável, ou à proteção ao consumidor”.

Ainda sobre a “segunda onda renovatória” Rodrigues Júnior (2006, p.31) salienta que “a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo, já incorporados no ordenamento jurídico brasileiro, são instrumentos importantíssimos para a consecução dos fins almejados por meio da segunda onda”.

A “terceira onda renovatória” surge, de acordo com Capelletti e Garth (2002 *apud* AMARAL, 2009, p. 53) de uma releitura do acesso à justiça. Sob esse aspecto preceituam:

[...] esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas legais ou paraprofissionais, tanto como juízes como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios.

Em consonância ao entendimento exposto a respeito dos objetivos da “terceira onda renovatória” proposta por Capelletti e Garth, Rodrigues Júnior (2006, p. 32-33) ensina:

A terceira onda, que se relaciona com a presente obra, conhecida como um novo enfoque de acesso à justiça, busca o emprego de técnicas processuais diferenciadas. Dentre elas destacam-se a simplificação dos procedimentos e a criação de vias alternativas de solução de controvérsias.

Na inteligência de Torres (2005, p.25) o acesso à justiça pela via tradicional demonstra-se permeado de complicações, para ele, isso se deve à influência evidenciada pela falta de estrutura frente à crescente demanda. O autor frisa que:

O sistema tradicional não está conseguindo fazer frente ao grande volume de processos, cada vez mais crescente, ano após ano, deixando resíduos à espera de julgamento e contribuindo para o retardamento e o descrédito da Justiça. Milhares de cidadãos estão afastados da oportunidade de reconhecimentos de seus direitos, embora a previsão do art. 5º, XXXV, da Constituição Brasileira. Diante dessa realidade, a salutar necessidade de encontrar modelos alternativos para aproximar a Justiça do cidadão. A Democratização do Poder Judiciário, descentralizando seus serviços, modernizando-os, é um passo inicial e fundamental para um amplo acesso à Justiça e a efetiva solução dos conflitos.

Como se vê, a doutrina especializada aponta os meios alternativos de resolução de conflitos como instrumento de promoção de efetividade do acesso à justiça no Brasil. No âmbito do Direito de Família, por sua vez, percebe-se como meio mais adequado à resolução de suas controvérsias é o instituto da mediação, em virtude de sua preocupação com a subjetividade, característica necessária para a solução eficaz dos conflitos familiares, que são dotados de complexidade e permeados pela afetividade.

Nesse diapasão, considerando a subjetividade das causas envolvendo conflitos familiares, para que a mediação seja bem sucedida, é necessário que o mediador conquiste a confiança das partes. Isto porque as pessoas precisam sentir-se confortáveis e confiantes para exporem suas intimidades: traições, decepções, amor não correspondido, abusos físicos e mentais etc.

Esta subjetividade exige, ainda, do mediador, atenção para buscar compreender a realidade daquele núcleo familiar, desconstruindo o discurso prontos que exaltam a penas as diferenças das partes, reestabelecendo o diálogo e frisando sempre na capacidade que os próprios envolvidos possuem de resolver seus conflitos, salientando que os efeitos da sessão de mediação devem contribuir para a reorganização e manutenção das relações parentais.

Nessa conjuntura, merece ser discutida a seguir a evolução da regulamentação dos institutos da mediação e conciliação, formas de autocomposição estimulados e disciplinados pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) até à aprovação da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil).

3.2 INSTITUTO DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO: DA RESOLUÇÃO Nº 125/2010 DO CNJ AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A conciliação e a mediação costumam ser apresentadas como os principais exemplos de “soluções alternativas de controvérsias”, quer seja na área judicial ou extrajudicial. As referidas técnicas suprem as expectativas do Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, que disciplina a política nacional para o tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, que, até a edição do Novo Código de Processo Civil, era o mais importante instrumento normativo sobre a matéria.

A Resolução do CNJ, segundo Azevedo (2009), traz uma abordagem do conflito que conduz a utilização de técnica adequada, constituindo um importante meio de conhecimento, amadurecimento e aproximação de seres humanos. Ademais, pode estimular relevante alteração no papel do Poder Judiciário e nos níveis de satisfação da população, pois, segundo o autor, já constatado que o ordenamento jurídico processual se organiza em processos destrutivos, lastreados no direito positivo, caracterizado pelo formalismo, o que distancia a percepção do caráter humano presente nos conflitos.

Desta maneira, a Resolução assegura a efetividade do direito constitucional do acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, com o fim de alcançar uma ordem jurídica justa, seja em seu aspecto formal ou material. Para tanto atribui ao Judiciário a política de tratamento adequado aos conflitos de interesses, organizando mecanismo de solução de conflitos por meio de instrumentos consensuais.

Com a Resolução o CHJ reduziu a excessiva judicialização dos conflitos ao reconhecer a mediação e a conciliação como verdadeiros instrumentos de pacificação social e de solução e prevenção de conflitos.

A referida Resolução regulamenta, dentre outras coisas, a instituição de uma Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses (art. 1º); a imposição da criação pelos tribunais, de centros e solução de conflitos e cidadania (art. 7º); regulamentação da atuação do mediador e do conciliador nos Centros, bem como todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação (art. 12); a criação do Portal da Conciliação (art.15); a criação do seu próprio Código de Ética (anexo à Resolução).

Ademais, os *consideranda* da Resolução esclarece a relevância de tais institutos que auxiliam a Justiça, tornando a resolução de controvérsias mais célere, eficaz e econômico. Senão, vejamos:

[...]

CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, **não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;**

CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de **incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;**

CONSIDERANDO que **a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios**, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados nos país tem **reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;**

[...]

CONSIDERANDO a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça;

CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria;

CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na sua 117ª Sessão Ordinária, realizada em de 23 de 2010, nos autos do procedimento do Ato 0006059-82.2010.2.00.0000;

(Grifo da Autora)

A Resolução nº 125/2010, determinou aos Tribunais a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, e para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, foi determinado a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, conhecidos como os CEJUSCs, incumbidos de realizarem as sessões de

conciliação e mediação pré-processuais, cujas audiências são realizadas por conciliadores e mediadores credenciados junto ao Tribunal.

Neste mesmo período foi dada entrada no Senado, o Projeto de Lei nº 166/2010 tratando do Novo Código de Processo Civil, que em 17 de dezembro de 2014, foi finalmente aprovado pelo Poder Legislativo. O novo Código trazia consigo os anseios do CNJ, exaltando a Mediação e a Conciliação, que se materializaram como verdadeiros instrumentos de solução de conflitos de forma rápida e eficiente.

O novo sistema processual civil brasileiro traz consigo o incentivo e o estímulo à criação de meios para a autocomposição, tal contexto encontra-se estampado no rol das normas fundamentais do processo civil (Lei nº 13.105/2015):

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

[...]

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a **solução consensual dos conflitos**.

§ 3º **A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados** por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

(Grifo da Autora)

Devido a este posicionamento da norma processual civil em estimular a autocomposição dos litígios, é que Didier Jr. (2016) defende, atualmente, a existência de um **princípio do estímulo da solução por autocomposição**, para os casos em que é recomendável.

A própria experiência comprova que são inúmeros os benefícios e vantagens advindos da mediação e da arbitragem, como a redução dos custos, maior rapidez do procedimento, a construção de soluções adequadas às reais necessidades das partes, a maior efetividades do pactuado, uma vez que as próprias partes influenciam na tomada da solução do problema, o que acarreta maior satisfação dos interessados envolvidos, além da desburocratização na solução de conflitos, uma vez que impera a informalidade nas sessões de mediação ou conciliação, garantindo-se o sigilo e a privacidade dos envolvidos.

Pela natureza da atividade desenvolvida pelos profissionais, a Mediação se mostra mais adequada nos casos em que exista uma relação anterior e permanente entre os interessados, como nos casos na área da família. A mediação atingirá sua

finalidade quando as partes conseguirem construir a solução negociada do conflito. Já Conciliação, é indicada para as questões da área comercial e do consumidor, destacando que podem ser utilizadas as duas técnicas de solução de conflitos, quanto se tratar obviamente de direitos disponíveis.

A mediação e conciliação são consideradas técnicas de autocomposição distintas, e a diferença entre elas é bastante sutil. Na primeira, o mediador serve como um veículo de comunicação entre as partes envolvidas, facilitando o diálogo e auxiliando as partes a compreenderem melhor as questões que envolvem o litígio, de modo que eles próprios possam, por fim, identificar a solução mais adequada à atender as necessidades e possibilidades dos envolvidos. Por sua vez, na conciliação, o conciliador tem uma participação mais ativa no procedimento podendo, inclusive, sugerir soluções para o problema.

O art. 165, do Código de Processo Civil institui que os Tribunais deverão criar centros de soluções de conflitos, que serão responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação. Ademais, os referidos centros têm o dever de atender e orientar à população na busca de resolução de seus litígios.

A mediação e a conciliação podem realizar-se perante as câmaras privadas, que possuem regramento próprio e seu próprio quadro de mediadores e conciliadores cadastrados, podendo caracterizar-se como uma atividade lucrativa ou de caráter comunitário, geridas por associações de bairros, sindicatos ou outras entidades não governamentais e sem fins lucrativos. Estas técnicas alternativas podem ocorrer, ainda, em Câmaras públicas institucionais, vinculadas a determinado tribunal ou a entes, como a Defensoria Pública (art. 43 da Lei nº 13.140/2015).

Ademais, o art. 174 da Lei nº 13.105/2015, institui a criação de câmaras administrativas de mediação e conciliação, com o objetivo de solução consensual de conflitos. Vejamos:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

- I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
- II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
- III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

O enunciado nº 398 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que “As câmaras de mediação e conciliação têm competência para realização da conciliação, no âmbito administrativo, de conflitos judiciais e extrajudiciais.”

A Lei nº 13.105/2015 inovou sobremaneira o tratamento dado aos meios alternativos de autocomposição, acolhendo o entendimento do CNJ por meio da Resolução da nº 125/2010, que, além das regulamentações acima mencionadas acerca da instituição dos centros e câmaras que visam resolver consensualmente os conflitos, dedica um Capítulo inteiro à regulamentação da Audiência de Conciliação ou de Mediação, materializando a evolução destes instrumentos alternativos na pacificação social.

Diferente do que ocorria no Código de Processo Civil de 1973, a audiência de conciliação e mediação se dá antes do oferecimento da defesa; esta audiência deve realizar-se nos centros judiciários de solução consensual de conflitos (art.165, CPC) e deve ser conduzida por conciliador ou mediador, conforme o caso, o juiz só pode conduzir esta audiência em caráter excepcional.

O Código de Processo Civil traz duas exceções em que a audiência de conciliação ou mediação não deveram ser designadas, constante no art. 334, §4º:

Art. 334. *Caput.*
(...)

§ 4º A audiência não será realizada:

- I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;
- II - quando não se admitir a autocomposição.

As partes tem o dever processual de comparecer à audiência de conciliação ou mediação designada. O não comparecimento injustificado seja do autor ou do réu à referida audiência representa ato atentatório à justiça, com sanção de multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado (art. 3º, §2º, CPC).

Considerando que a autocomposição é o meio prioritário à resolução dos litígios, a ausência na audiência de conciliação ou mediação designada representa afronta ao princípio da cooperação (art.6º, CPC).

Caso haja a autocomposição, esta será homologada pelo juiz, oportunidade em que o processo será extinto com resolução do mérito (art. 487, III, CPC); porém, caso

não haja autocomposição, o prazo para resposta do réu se inicia na data da audiência (art. 335, I, CPC).

Conclui-se, portanto, que a conciliação e a mediação se apresentam como instrumentos importante para a pacificação social e resolução de litígios nas diversas áreas do direito, quando tratarem-se, obviamente, de direitos disponíveis. Tal utilidade foi reconhecida pela Lei nº 13.105/2015, que compartilhou do entendimento do CNJ, na forma da Resolução nº 125/2010.

O Novo Código de Processo Civil, de forma sistemática, positivou de forma muito objetiva onde e quando serão aplicados tais instrumentos alternativos, cabendo aos operadores do direito, se adaptarem aos novos tempos, e participarem de forma efetiva na busca da pacificação social, única forma de obtermos a melhor atuação do Poder Judiciário, e a prestação jurisdicional mais efetiva, garantindo a efetividade do princípio constitucional do acesso à justiça.

3.3 A EVOLUÇÃO APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

A mediação evidencia-se como um importante instrumento para a resolução das controvérsias familiares, visto que trabalha o conflito por meio da aproximação da partes pelo diálogo, que assumem a responsabilidade pela construção da solução da controvérsia e, conseqüentemente, possui um maior grau de efetividade. Dessa maneira, Robles (2009, p.46) consigna:

[...] a mediação representa uma importante ferramenta, já que possibilita que as partes compreendam o litígio, que vejam o lado do outro, que recuperem a comunicação e a autodeterminação, visando solucionar a lide de forma consensual, através de um acordo por elas mesmas obtido, com o auxílio do mediador. A probabilidade de cumprimento de uma decisão tomada pelas próprias partes, de acordo com suas verdadeiras necessidades, é infinitamente superior é de uma decisão imposta por um terceiro. Dessa forma, é evidente que a solução resultante de um processo de mediação, alcançada pelas partes, através do diálogo e do consenso, com a ajuda do mediador, entremostra-se a mais eficaz.

Diante do alto grau de afetividade e da intensificação dos sentimentos nos conflitos familiares, é necessário que se possibilite e se estabeleça um diálogo, estimulando um respeito mútuo, que, teoricamente, seria impraticável nesses casos.

Torna-se imprescindível a incitação à compreensão, solidariedade e paciência das partes com base em um ganho mútuo, em uma vitória conjunta.

No caso do conflito derivar de relações familiares (relações continuadas), sendo importante a manutenção de uma relação harmoniosa, se há necessidade de discussão profunda do problema em busca de sua melhor administração, se há necessidade de reconciliação e restauração entre as partes, possivelmente a mediação seria o meio mais adequado de solução destes conflitos (BIASOTO, 2003).

A partir do procedimento da mediação, os indivíduos passam a entender o conflito como “algo necessário para o reconhecimento de suas diferenças e para o encontro de novos caminhos que viabilizem uma boa administração das controvérsias” (SALES, 2008).

Para Sales (2007, p.144) a mediação é um dos instrumentos de solução de conflito que mais se adequa à questões familiares:

Esse instrumento proporciona às famílias a oportunidade de uma comunicação destinada a esclarecer mal-entendidos, evitando rupturas desnecessárias. A mediação objetiva bem administrar o conflito real, e não se deter apenas ao aparente, propondo-se a um trabalho de desconstrução do conflito, fazendo com que os mediados encontrem reais motivações de suas controvérsias e as solucionem.

Sobre a aplicabilidade dos meios alternativos de solução de conflitos no Brasil, Torres (2005, p. 125-126) informa que:

Os métodos alternativos de resolução de conflitos têm-se constituído num processo gradativo que vai alcançando novas conquistas, criando, de forma paulatina, uma consciência para submeter a mediação às causas que vão surgindo e aumentando a cada ano. Esse sistema de ADR vem crescendo, incorporando-se na sociedade, mudando os hábitos e costumes, criando uma nova cultura sobre seu valor na solução de conflitos [...]

Este processo de evolução quanto à utilização dos meios alternativos na resolução de controvérsias, no Brasil, se materializa com a recente aprovação do Novo Código de Processo Civil, que, como já dito alhures, trouxe consideráveis

inovações no tratamento dado aos meios alternativos de autocompisição, acolhendo o entendimento do CNJ por meio da Resolução da nº 125/2010, e regulamentando tais institutos.

Para Robles (2009) devido ao sucesso obtido na experiência estrangeira, vários estados brasileiros, mesmo antes da aprovação do Novo Código de Processo Civil, já implantavam centrais de mediação coordenadas pelo Poder Judiciário. A doutrina traz como exemplos, dentre outros, os Tribunais de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

No mesmo sentido, Sales (2007, p. 145-16) frisa que o Poder Judiciários, em alguns estados, exerceram importante papel no sentido de instituir medidas que possibilitassem a solução dos conflitos de forma pacífica. A autora declara que:

Várias iniciativas comprovam que alguns membros do Poder Judiciário já estão instituindo medidas para introduzir o diálogo pacífico, objetivando a consecução de acordos mutuamente satisfatórios. Destaca-se a iniciativa do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que já utiliza a mediação familiar desde 2001, do Tribunal de Justiça do Ceará (por meio do Des. Francisco de Assis Figueira Mendes e da juíza estadual Valéria Barroso), bem como dos Tribunais de estados do Rio Grande do Sul, de São Paulo e do Distrito Federal.

Na tratativa a respeito da realização da mediação comunitário no Brasil, Amaral (2009, p.143) observa a evolução da implementação destes instrumentos alternativos no cenário brasileiro, como os exemplos de projetos tanto na esfera pública quanto na privada, no estado brasileiros:

No Rio de Janeiro, funciona um Balcão de Direitos, surgido no final da década de 1990, que é uma entidade provada, vincula à ONG Viva Rio, tendo por objetivos atender a diversas favelas, proporcionando, assessoria jurídica gratuita e de formação em noções em direito, cidadania e mediação de controvérsias.

De outra parte, na visão de Amaral (2009, p.143) cumpre trazer à título de exemplo de aplicabilidade do instituto da mediação a iniciativa do Tribunal de Justiça da Bahia:

O Projeto Balcão de Justiça e Cidadania, do Tribunal de Justiça da Bahia – TJBA, iniciada em 2003, foi reformulado em 2006, por meio da Resolução nº 5, do TJBA, sendo que sua execução foi retomada a partir de 2007. O projeto destina-se a oferecer orientação e assistência

jurídica, conciliação e mediação de conflitos de menor complexidade em matéria cível e nos casos de separação judicial, divórcio, alimentos, regulamentação de visitas e união estável. Os serviços são destinados à população carente, sendo que as unidades são instaladas em bairros populares. A coordenação judiciária do projeto é exercida por um juiz, um secretário, dois digitadores e dois estagiários. Cada Balcão conta com um advogado e dois acadêmicos de direito. Enfim, os objetivos fundamentais são: promover maior integração do judiciário com a comunidade, garantindo o acesso amplo, fácil e gratuito à justiça, promovendo o exercício da cidadania e criando medidas educativas para a redução dos conflitos sociais.

Após a apresentação da mediação como forma eficaz de resolução das controvérsias familiares, bem como das dificuldades de sua implementação devido à cultura brasileira da judicialização de conflitos, tratando da crescente utilização do instituto da mediação na experiência, notadamente, dos Tribunais de Justiça. Cabe analisar em seguida a necessidade de capacitação do mediador e qual a instituição responsável pela formação desse profissional no Brasil. Nesse contexto, tem-se a lição de Vasconcelos (2012, p. 49-50):

A prática da mediação de conflitos pressupõe capacitação para lidar com as dinâmicas do conflito e da comunicação. A capacitação em mediação de conflitos inclui, necessariamente, conhecimentos metodológicos de caráter interdisciplinar e as habilidades de sua arte. Esses conhecimentos e habilidades vêm sendo desenvolvidos, no Brasil, desde os anos 1990, sob a liderança do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA). [...] Entre outras atribuições, cabe também ao CONIMA estimular a criação de novas instituições de mediação e arbitragem, orientando-as nas mais diversas áreas, sempre observando a qualidade, indispensável ao desempenho de suas atividades.

Esta necessidade de capacitação do mediador, está disposta no próprio Código de Processo Civil, em seu art. 167, §1º:

§ 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

(Grifo da Autora)

Um dos benefícios proporcionados pela Resolução CNJ n. 125/2010, por meio da qual o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu a política judiciária nacional de

tratamento adequado dos conflitos de interesses, dispõe sobre a capacitação de quem vai atuar na conciliação e mediação no Poder Judiciário.

Diante do exposto, verifica-se que a prática de mediação de conflitos, particularmente no que se refere às controvérsias familiares, foi sendo gradativamente aplicada no Brasil, tanto por instituições privadas quanto públicas, a exemplo dos Tribunais de Justiça de alguns estados, que permearam o entendimento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 125/2010, culminando no Código de Processo Civil, recentemente aprovado, que trouxe indispensáveis inovações àquilo que já vinha sendo implementado nos Tribunais de Justiça do país, os meios alternativos de resolução de controvérsias, que, em última análise, constituem verdadeiros auxiliares das justiças, reduzindo consideravelmente a judicialização dos conflitos. Assim, a finalidade da utilização do instituto da mediação e dos demais instrumentos alternativos, na experiência brasileira é promoção do efetivo acesso à justiça e a pacificação social, por meio da mudança do paradigma do conflito para o consenso, permitindo que as partes assumam a responsabilidade de resolução de seus desacordos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetivou compreender o instituto da mediação na perspectiva do agir comunicativo da sociedade do século XXI, sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente, no âmbito do Direito de Família, e a promoção do acesso à justiça, por meio da utilização dos instrumentos alternativos de solução de conflitos. Para tanto, a pesquisa foi desenvolvida a partir da análise do discurso doutrinário, realizando-se uma revisão bibliográfica.

Nessa linha de raciocínio, a discussão acerca do tema proposto iniciou-se pela apresentação do instituto familiar em sua forma contemporânea, passando para a análise de Direito de Família e a mudança do paradigma do patrimonialismo para a efetividade com o escopo de verificar a (in) aplicabilidade da mediação de conflitos para a solução das controvérsias familiares. Constatou-se que pelas idiosincrasias dos conflitos decorrente da relação familiar o instituto da mediação não só se aplica, como, em razão de suas características se enquadra perfeitamente a essas relações, desde quando permite a facilitação do diálogo e a responsabilização das partes pela solução de seus impasses, estimulando assim, o cumprimento do acordo e a pacificação social.

Ademais, cumpre salientar que a cultura do “perde-ganha” evidenciada na Justiça Tradicional não mais se compatibiliza com os novos valores introduzidos pelo princípio da afetividade no que tange ao Direito de Família. A complexidade e durabilidade das relações familiares são um terreno fértil para a aplicação dos pressupostos da Teoria do Agir Comunicativo de Jurguen Habermans, que visa promover o entendimento por meio do discurso, responsabilizando os sujeitos pela construção de soluções para seus conflitos. Nessa perspectiva, consoante o entendimento do mencionado autor, a sociedade evolui à medida que valoriza a intersubjetividade e a promoção da autonomia do sujeito em detrimento da força Estatal. Destacando-se daí a importância da aplicabilidade dos meios alternativos de solução de controvérsias.

Verifica-se, ainda, que o modelo até então tradicional da Justiça brasileira, que centralizava a resolução dos confrontos no Poder Judiciário, já traz avanços e evoluções consideráveis no cenário da resolução de conflitos. Nessa senda, evidencia-se que a utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias

visa proporcionar o acesso à Justiça, uma vez que promovem a desburocratização, a celeridade e a efetividade da solução, que por ser construída com um maior grau de participação dos interessados possui um índice de aceitação e cumprimento mais elevados.

Cabe ressaltar que resta confirmada a hipótese formulada inicialmente, no sentido de que o instituto da mediação, afigura-se como o meio mais adequado à resolução de litígios na seara familiar, por possuir um caráter mais humano, que leva em consideração os múltiplos sentimentos que envolvem estas relações, e que reestabelece o diálogo e a comunicação entre os envolvidos, demonstrando-lhe que eles próprio são capazes de construir a solução para suas problemáticas, garantindo, por fim, maior efetividade e cumprimento do avençado, já que criado em consenso pelas próprias partes.

Nessa esteira, o Código de Processo Civil representa um marco na dinamicidade das relações processuais, que vem acolhendo os meios alternativos de resolução de conflitos por promoverem a pacificação social, por mostrarem-se mais econômicos tanto financeiramente, como cronologicamente, além de reduzir a judicialização de tais conflitos. A Lei nº 13.105/2015 acolhe o entendimento do CNJ que por meio da Resolução nº 125/2010, que disciplina a política nacional para o tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, que, até a edição do Novo Código de Processo Civil, era o mais importante instrumento normativo sobre a matéria.

Com relação aos objetivos específicos delimitados, cabe mencionar que foram cumpridos, visto que, se concluiu pela aplicabilidade da mediação como meio alternativo mais adequado para a solução das controvérsias familiares, bem como, foram definidos os traços distintivos e apontadas as vantagens dos denominados meios alternativos de solução de conflitos e a via judicial tradicional.

Assim, chega-se à conclusão de que a mediação por ser um meio direto de resolução das controvérsias, na qual, os sujeitos interessados constroem a solução, com a assistência de um terceiro imparcial, que os auxilia na transformação do conflito pelo restabelecimento do diálogo, afigura-se como um instrumento de acesso à justiça e pacificação social, na medida em que pretende resolver a matiz do conflito, evitando o aparecimento de novas divergências, adequando-se, perfeitamente, às relações familiares, que são caracterizadas pela carga emocional, complexidade e pela

durabilidade, não sendo suficiente a aplicação técnica do Direito material e a solução imposta pela sentença como ocorre na Justiça Tradicional.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O Direito de Acesso à Justiça e a Mediação** – Rio de Janeiro: Lumen Juriz, 2009.

AZEVEDO, André Gomma de. **Manual de Mediação Judicial**. Ministério da Justiça: Brasília, 2012.

_____, André Gomma (de). **Manual da Mediação Judicial**. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

BARROS, Washington de, **Curso de Direito Civil**, 43. ed.. São Paulo: Saraiva, 2011.

BEDIN, Gilma Antônio. **Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo**. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BIASOTO, Lilia Godau dos Anjos Pereira. **De que vítima estamos falando? Situações de violência em relacionamentos conjugais**. In: MUSZKAT, Malvina Ester (org). **Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência**. São Paulo: Summus, 2003

BRASIL, **Vede Mecum**: especialmente preparado para a OAB e Concursos. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DECLARAÇÃO UINIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 07 de abril de 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Família, ética e afeto**. Brasília: Consulex, 2004.

DIAS, Berenice. **Manual de Direitos das Famílias** – Princípios do Direito de Família. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil; v1: Introdução do Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**, 18. ed. Salvador: JusPodvm, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro; v5: Direito de Família**, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DUMONT, Guiomar Marotti. **Manual de Mediação: teoria e Prática**. Belo Horizonte: 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSEVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 4.ed. Salvador: JusPodvm, 2012.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JÚNIOR, Marcos Júlio Olivé. **Mediação e solução de conflitos: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**, 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FREITAS, Douglas Phillips. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, n.52, fev/mar. 2009.

GANÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro; v6: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRIZARD FILHO, Waldyr. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v9, n.50, out/nov. 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: interfactividade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

LANGOSKI, Deisemara Turatti. **Revista Síntese de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v12, n.61, ago/set 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAIA NETO, Francisco. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano 9. vol.35. Outubro-Dezembro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. São Paulo: Bookseller, 2001.

OLIVEIRA, Lutthyana Demarchi de. **A mediação como agir comunicativo do consenso**. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/32982-a-mediacao-o-agir-comunicativo-do-consenso>>. Acesso em: 02 de abril de 2017.

ROBLES, Tatiana. **Mediação e Direito de Família**, São Paulo: Ícone, 2009.

REBELO, Nuno Miguel Branco de Sá Viana. **Manual de Mediação: Teoria e Prática**. Belo Horizonte: 2007.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

_____, **Conflitos familiares**: a mediação como instrumento consensual de solução. Disponível em: <<http://www.mediacaobrasil.org.br/2.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre, 2005.

SOLDÁ, Angela Maria; OLTAMARI, Vitor Hugo. **Revista Síntese de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v13, n.67, ago/set. 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v.único, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/859>>. Acesso em: 23 de março de 2017

TORRES, Jasson Ayres. **O Acesso à Justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WALTER, Resse-Schäfer. **Compreender Harbermas. Tradução de Vilmar Schneider**. 2. ed. Petrópolis. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.