



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANTÔNIA PALOMA DE ALMEIDA

OS DESAFIOS DA MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO DOS LITÍGIOS NO DIREITO
DAS FAMÍLIAS EM FACE DOS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES

FORTALEZA

2022

ANTÔNIA PALOMA DE ALMEIDA

**OS DESAFIOS DA MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO DOS LITÍGIOS NO DIREITO
DAS FAMÍLIAS EM FACE DOS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Beatriz Rêgo Xavier.

FORTALEZA

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

A444d Almeida, Antônia Paloma de.

Os desafios da mediação na resolução dos litígios no direito das famílias em face dos novos arranjos familiares / Antônia Paloma de Almeida. – 2022.
58 f. : il. color.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2022.

Orientação: Prof. Dr. Beatriz Rêgo Xavier.

1. famílias contemporâneas. 2. conflitos. 3. mediação. 4. desafios. I. Título.

CDD 340

ANTÔNIA PALOMA DE ALMEIDA

**OS DESAFIOS DA MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO DOS LITÍGIOS NO DIREITO
DAS FAMÍLIAS EM FACE DOS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 08/12/2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dra. Beatriz Rêgo Xavier (Orientadora)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^ª. Dra. Márcia Correia Chagas

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestra Vanessa de Lima Marques Santiago Sousa

Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus e a minha família.

AGRADECIMENTOS

A Deus, energia reguladora de todas as coisas. O que não pode ser explicado senão através do sentir e do experienciar.

Aos meus amados pais, Maria Perpetua Braz de Almeida e Aluísio Targino de Almeida (*In memoriam*), meus pilares e mentores para toda uma vida.

Aos meus queridos irmãos e irmãs, grandes incentivadores, que nunca descreditaram dos meus sonhos, Gerlânia, Geucilânia, Leandro e Lucilânio.

À Professora Beatriz Rêgo, pela sua disposição e paciência em aceitar ser minha orientadora, por ser brilhante, paciente e generosa em todo o processo.

À minha amiga, Larissa Sousa, por nunca ter soltado a minha mão, e ter sido meu maior suporte durante toda a minha trajetória pela Universidade.

Ao meu amor, Sávio Manfredini por sempre me acolher e me compreender, tornando todo o processo mais fácil.

Ao Dialogar e ao Núcleo de Prática Jurídica – NPJ por me fazerem brilhar os olhos para a mediação.

Aos professores do Curso de Graduação em Direito da UFC, pela excelência demonstrada em suas aulas, e por serem instrumentos para o conhecimento.

A Universidade Federal do Ceará por ter me tornado uma estudante e uma pessoa melhor para o mundo.

Aos sonhos, pois eles me permitiram chegar até aqui.

“Crê nos sonhos, pois neles está escondida a porta da eternidade.”

Khalil Gibran

RESUMO

A família contemporânea é resultado de sucessivas mudanças ao longo do tempo, e os novos arranjos familiares fogem do antigo modelo convencional, e por óbvio provocam fortes impactos sociais, gerando novos tipos de conflitos, que necessitam de uma tratativa capaz de atender a todas as suas especificidades. Assim, surge a necessidade da utilização de meios externos à jurisdição estatal para dar respostas a essas controvérsias. No campo da família, a mediação se apresenta como a via mais adequada, pois viabiliza o diálogo, com a intervenção de um terceiro imparcial (mediador), na busca pela solução do litígio, que seja aceito por ambas as partes. Contudo, ainda que a mediação se apresente como método mais propício para solucionar esses conflitos, há casos específicos que não se mostram passíveis de uma autocomposição, além disso, existem outras barreiras pessoais e institucionais que precisam ser superadas. Portanto, a presente pesquisa objetiva desenvolver uma análise crítica acerca da aplicação da mediação nas controvérsias familiares perante os novos contextos de família, com a finalidade de identificar os desafios e possíveis limitações a serem superadas na prática da mediação. Para atingir o propósito acima delineado, foram utilizados os métodos bibliográficos, a partir de leituras de livros, publicações especializadas, artigos, dados oficiais publicados na internet e legislações pertinentes aos métodos consensuais de conflito. Assim, o presente estudo mostra que a mediação se apresenta como um método eficiente na resolução das demandas de famílias, no entanto, possui diversas barreiras a serem superadas que poderão ser ultrapassadas com um trabalho conjunto dos órgãos reguladores e comunidade acadêmica, atuando no esclarecimento de informações e aproximação do público a esse método promissor de resolução de litígios.

Palavras-chave: famílias contemporâneas, conflitos, mediação, desafios.

ABSTRACT

The contemporary family is the result of successive changes over time, and the new family arrangements depart from the old conventional model, and obviously cause strong social impacts, generating new types of conflicts, which require a treatment capable of meeting all their needs. Specificities. Thus, the need arises to use means outside the state jurisdiction to respond to these controversies. In the field of the family, mediation is presented as the most appropriate way, as it enables dialogue, with the intervention of an impartial third party (mediator), in the search for a solution to the dispute, which is accepted by both parties. However, even though mediation presents itself as the most conducive method to resolve these conflicts, there are specific cases that do not prove to be amenable to self-composition, in addition, there are other personal and institutional barriers that need to be overcome. Therefore, this research aims to develop a critical analysis of the application of mediation in family disputes in the face of new family contexts, with the aim of identifying the challenges and possible limitations to be overcome in the practice of mediation. To achieve the purpose outlined above, bibliographic methods were used, based on readings of books, specialized publications, articles, official data published on the internet and legislation pertaining to consensual methods of conflict. Thus, it can be seen from the present study that mediation is presented as an efficient method in resolving the demands of families, however, it has several barriers to be overcome that can be overcome with a joint work of Organs regulatory bodies and the academic community, acting in the clarification of information and bringing the public closer to this promising method of dispute resolution.

Keywords: contemporary family, conflicts, mediation, challenges.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1	Distribuição percentual dos tipos de composições familiares – Brasil - 1995/2015	20
Gráfico 2	Distribuição percentual dos casais e composições familiares que não envolvem casais – Brasil – 1995/2015.....	21
Gráfico 3	Série histórica do índice de conciliação	48

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CEJUSCs	Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CONIMA	Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem
CPC	Código de Processo Civil
NUPEMEC	Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A EVOLUÇÃO DAS FAMÍLIAS NO DIREITO BRASILEIRO.....	15
2.1	OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DAS FAMÍLIAS.....	16
2.2	AS FAMÍLIAS NA CONTEMPORANEIDADE	19
2.3	AS PRINCIPAIS DEMANDAS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS	24
2.3.1	Da união estável	24
2.3.2	Do divórcio e dissolução da união estável	26
2.3.3	Alimentos	27
2.3.4	Da guarda	28
2.3.5	Da tutela	29
3	A COMPREENSÃO DO CONFLITO E OS ELEMENTOS HISTÓRICOS DA MEDIAÇÃO.....	31
3.1	A MEDIAÇÃO NO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO	35
3.2	OS PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO.....	40
3.3	DO PAPEL DO MEDIADOR	42
4	A APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO NOS LITÍGIOS FAMILIARES	44
4.1	OS DESAFIOS E LIMITAÇÕES DA MEDIAÇÃO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS.....	46
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
	REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

A função jurisdicional expressa o dever estatal de promover a resolução de conflitos. Contudo, na sua construção clássica o Judiciário apenas atua na forma negativa de solução de litígios, ou seja, com a imposição de vontade do juiz, determinando um vencedor e um vencido.

Conforme preceitua Tavares, desde que o Estado reclamou para si o monopólio do uso da força (proibindo a autotutela privada), assumiu o dever de assegurar sempre uma prestação jurisdicional. O direito de ação significa a possibilidade de qualquer pessoa dirigir-se ao Judiciário, provocando o exercício da jurisdição. Nesse sentido, para provocar a jurisdição não se exige que o agente seja o verdadeiro titular do direito substancial envolvido. É suficiente para obter o acesso e afirmar a existência de um direito substantivo e sua titularidade. A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXV, declara que “a lei não excluirá, da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. (TAVARES, 2012, p.62)

Todavia, esse modelo contemporâneo vem sendo assolado por uma forte crise, evidenciando um desequilíbrio entre o que se pensou em determinado momento e a realidade atual, demonstrando a impropriedade de certos conceitos, se observados na prática. O que se verifica é a organização de um modelo estatal que não mais alcança à complexidade das demandas contemporâneas, tornando, assim, indubitável a necessidade de repensar as funções estatais, sobretudo a jurisdição, que ainda se mostra adepta a concepções tradicionais, impossibilitada de oferecer uma solução adequada aos problemas que lhe são postos.

Nessa perspectiva, Tavares prescreve que a necessidade de uma reforma judiciária não é nem uma novidade deste começo de século, nem uma exclusividade do sistema judicial brasileiro (TAVARES, 2012, p.46). Assim, além da necessidade originada com base nas numerosas demandas, tem-se ainda a necessidade da utilização de meios externos à jurisdição estatal para dar respostas mais satisfatórias às controvérsias, ante a variedade de conflitos existentes.

Observada essa nova realidade social e considerando a necessidade de novos instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, o Conselho Nacional de Justiça editou, em 2010, a Resolução 125, visando a modificação do paradigma de solução de litígios no país, criando a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses. Desse modo, foi instaurado na estrutura do poder judiciário, órgãos destinados, exclusivamente, à aplicação dos métodos de resolução de disputas diversos da sentença, notadamente mediação e conciliação, meios de resolução consensual de conflito.

Acerca destes, cumpre ressaltar que se apresentam como meios adequados de solução de conflitos desde a segunda metade do século XX. Em razão disso, o Código de Processo Civil valorizou as conciliações e as mediações judiciais, e a arbitragem, promovendo verdadeira alteração disruptiva. (PINHO, 2022, p.54)

Bem como, o CPC/2015 cuidou em trabalhar a inclusão dos meios adequados de solução de controvérsias, criando-se, inclusive, uma seção específica (arts. 165 a 175). Trata-se de conduta imperiosa para efetivar a razoável duração do processo prometida constitucionalmente (art. 5º, LXXVIII, da CF", PINHO, 2022, p.60).

Por isso, o art. 3º do Código de Processo Civil, ao se referir à apreciação jurisdicional, vai além do Poder Judiciário e da resolução de controvérsias pela substitutividade, ou seja, a substituição da vontade das partes pela vontade da lei. O dispositivo passa a permitir outras formas positivas de composição, pautadas no dever de cooperação dos indivíduos e envolvendo outras figuras como os conciliadores e mediadores (art. 139, V, do CPC).

Outrossim, reforçando a previsão existente na Resolução n. 125/2010 do CNJ, o art. 165/CPC, determinou que os Tribunais “criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”. (PINHO, 2022, p.62)

Contudo, além dos instrumentos apresentados, no ano de 2015 foi finalmente instituída a Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015), que com o Código de Processo Civil, fixaram princípios e garantias básicas a serem seguidas e respeitadas (como a imparcialidade do mediador, a autonomia de vontade, confidencialidade, informalidade, dentre outros previstos no art. 166 do CPC e art. 2º. da Lei de Mediação).

Portanto, os referidos marcos demonstram o interesse e preocupação do legislador com a aplicação da conciliação e da mediação realizada judicialmente, sem prejuízo da possibilidade de esses mecanismos serem utilizados previamente ao processo ou, ainda, de outros meios de solução de conflitos escolhidos pelos interessados.

No que tange às ações do Direito das Famílias, o CPC de 2015 trouxe regras especiais, tendo como objetivo incentivar a mediação e a conciliação entre as partes, determinou que “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação” (art. 694 do CPC).

Dessa forma, o presente trabalho debruça-se especificamente sobre o estudo da mediação, por tratar-se do método apropriado para o tratamento das relações contínuas ou

continuadas, sobre conflitos profundos e vínculos afetivos, o que a torna mais adequada para gerir as demandas do direito das famílias.

Nessa perspectiva, a delimitação do presente tema se deu em razão da atual relevância jurídica e social do uso de meios consensuais de resolução de conflito, sobretudo a mediação, aplicado ao direito das famílias em face dos novos arranjos familiares. Bem como, a necessidade de averiguar as vantagens e desvantagens da utilização das formas consensuais para a resolução de disputas familiares, tão desgastante para os envolvidos já sobrecarregados por questões afetivas mal solucionadas, que muitas vezes sequer possui relação direta com o objeto do conflito, razão pela qual a jurisdição comum não seria a via mais adequada.

Desse modo, o entendimento predominante é que a mediação se apresenta como a via mais adequada, pois viabiliza o diálogo, com a intervenção de um terceiro imparcial (mediador), na busca pela solução do litígio, que seja aceito por ambas as partes.

Com isso, o presente trabalho tem como objetivo geral desenvolver uma análise crítica acerca da aplicação da mediação nas controvérsias familiares perante os novos contextos de família, com a finalidade de averiguar os pontos negativos e positivos da sua aplicação.

Por essa via, os objetivos específicos da pesquisa estão diluídos ao longo dos capítulos. São eles, respectivamente: identificar os desafios da aplicação da mediação nas demandas de família em razão das limitações de cada caso; traçar as possíveis limitações a serem superadas na prática da mediação por meio de uma análise doutrinária e normativa; e verificar a probabilidade de eficácia do método aplicado às demandas de família em um contexto geral.

Para atingir o propósito acima delineado, foram utilizados os métodos bibliográficos, a partir de leituras de livros, publicações especializadas, artigos, dados oficiais publicados na internet e legislação pertinentes aos métodos consensuais de conflito, dentro da perspectiva do que dispõe a Constituição Federal de 1988, a Resolução n.º 125/2010 do CNJ, Código de Processo Civil e a Lei de Mediação.

No que tange a metodologia da pesquisa, trata-se de uma pesquisa explicativa, pois além de registrar e analisar os fenômenos analisados, pretende-se reconhecer a efetividade da mediação na resolução dos litígios familiares, por meio da interpretação possibilitada pelos métodos qualitativos. (SEVERINO, 2014, p.107)

Para isso, a monografia foi organizada em cinco partes e, no desenvolvimento, dividiu-se em três capítulos como forma de melhor estruturar as ideias. Assim, no segundo capítulo será abordada a evolução da família no direito brasileiro, com a compreensão dos princípios norteadores do direito das famílias, evidenciando os novos arranjos familiares na contemporaneidade e as principais demandas dos direitos das famílias.

Enquanto no terceiro capítulo, será visto a mediação no sistema judiciário brasileiro, com os seus princípios e a figura do mediador no que concerne a sua capacitação e aplicação das técnicas da mediação.

Por fim, o quarto capítulo propõe uma abordagem mais crítica acerca da mediação, tratando da aplicabilidade dos métodos autocompositivos nos litígios familiares e os desafios da mediação no campo do direito das famílias e no cenário geral.

2 A EVOLUÇÃO DAS FAMÍLIAS NO DIREITO BRASILEIRO

O instituto familiar sofreu diversas modificações ao longo do tempo, provenientes da necessidade de adequação às transformações. Além disso, é considerado um dos ramos do direito com maior intervenção estatal, a julgar pelo interesse público na tutela da família.

Em razão dessas interferências e transformações é difícil desenvolver um conceito que alcance todas as peculiaridades das famílias. Nesse sentido, Gagliano (2022), dispõe que não é possível apresentar um conceito único e absoluto de família apto a atingir a complexa e multifária gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias (GAGLIANO, 2022, p.52).

No Brasil, a estruturação da família da forma em que é conhecida sofreu intervenção da família romana, canônica e germânica. No que se refere ao campo normativo, sofreu influência das ordenações do Reino, e as Ordenações Filipinas serviram o direito civil até a entrada em vigor do Código Civil, em 1917. Ademais, as instituições familiares sofreram diversas modificações por leis especiais. Nesse sentido, descreve Maluf (2021):

As instituições familiares foram alteradas inúmeras vezes por leis especiais como a Lei de 6 de outubro de 1784, que disciplinava os esponsais; a Lei de 29 de outubro de 1775, que mitigou os costumes relativos ao consentimento paterno para a realização de casamento; a Lei de 9 de abril de 1772, que instituiu a obrigatoriedade de prestação solidária de alimentos entre parentes; o Decreto de 3 de novembro de 1827, que instituiu o casamento civil, pela primeira vez, em território nacional, destinado aos católicos; o Decreto de 2 de setembro de 1847, atinente aos direitos do filho natural; o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, que, sob a lavra de Rui Barbosa, introduziu o casamento civil. (MALUF, 2021, p.47)

Ainda nesse mesmo período, foram implementados atos visando desprender a Igreja do Estado, assim, fora revogado o decreto que, em 1827, adotara o direito canônico, aprovando a Constituição do Arcebispado da Bahia, de modo que, uma vez celebrado o casamento pela autoridade civil, passou-se a admitir-se o desquite contencioso e por mútuo consentimento. (MALUF, 2021, p.49)

Adiante, com o advento do Código Civil brasileiro de 1916, foram introduzidas inovações ao direito das famílias, de modo que as denominações de autoridade marital e parental foram relativizadas, resultando em uma relevante modificação dos costumes e uma evolução paralela da legislação familista. (MALUF, 2021, p.49)

Acerca da normatização constitucional, cumpre destacar que o art. 226, caput, da Constituição Federal estabelece ser a família a “base da sociedade”, gozando de especial proteção do Estado. A previsão legal, segundo preceitua Gagliano (2022), evidencia a obrigação dos governos protegerem os membros da família. Nas palavras do autor:

Tal previsão, de per si, já justificaria a necessidade imperiosa — e obrigação constitucional — de os governos, em suas três esferas — federal, estadual e municipal — cuidarem de, prioritariamente, estabelecer, como metas inafastáveis, sérias políticas públicas de apoio aos membros da família, especialmente a criança, o adolescente e o idoso (GAGLIANO, 2022, p.53)

Desse modo, grandes avanços podem ser vistos quanto ao entendimento da instituição familiar, principalmente no que se refere aos parágrafos primeiro a quarto do art. 226, no qual a Constituição Federal, de forma precisa, refere-se a três categorias de família, o casamento, a união estável e o núcleo monoparental. Essa inovação é de grande relevância, pois até então qualquer outra disposição familiar não era reconhecida.

Em razão das sucessivas mudanças que ocorreram ao longo do tempo, o Estado e a Igreja foram enfraquecidos como instituições legitimadoras da família, passando-se a priorizar a liberdade afetiva do casal na formação do seu núcleo familiar. Contudo, esse enquadramento constitucional não pretendia esgotar todas as composições familiares, em verdade, é notório que a ordem constitucional traçou esse conceito pautado no princípio da afetividade, objetivando permitir novos arranjos familiares socialmente construídos. (GAGLIANO, 2022, p.56).

Assim, essas alterações promovidas pela Constituição Federal de 1988, operam o efeito da constitucionalização do Direito Civil, responsável pela intervenção de princípios no campo das instituições privadas, dentre os quais estão a igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade na construção de famílias, igualdade entre cônjuges, bem como dos filhos, solidariedade entre os membros da família, o pluralismo familiar, entre outros.

Nessa perspectiva, o marco do século XX foram os novos arranjos familiares, de tal modo que a família deixou de ser um fim em si, e tornou-se mais um meio para a realização pessoal de cada indivíduo.

2.1 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Como visto anteriormente, o conceito de família foi fortemente modificado com a evolução constitucional, pois após a Constituição de 1988 houve a consagração normativa dos

princípios constitucionais explícitos e implícitos, pois sua eficácia meramente simbólica frustrava as forças sociais que clamavam por sua inserção constitucional. (MALUF, 2021, p.104)

Assim, cumpre discorrer acerca desses princípios, deixando claro desde já que o trabalho não pretende esgotar os princípios norteadores do direito das famílias ante a sua completa impossibilidade. Contudo, pretende apresentar um panorama daqueles considerados os mais importantes princípios regentes.

Antes de adentrar na temática, é salutar recordar a distinção entre princípios e regras, nas palavras de Robert Alexy (2006):

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das "possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (ALEXY, 2006, p. 91).

Feita essa distinção, há de se destacar os princípios fundamentais do Direito das famílias, a saber: o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento máximo do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º, III; o princípio e fundamento do pluralismo e da democracia no âmbito dos organismos familiares, bem como a escolha da espécie de família (art. 1º, V); o princípio da igualdade dos membros da família (art. 5º, I); os princípios e objetivos da liberdade, da justiça e da solidariedade familiar (art. 3º, I); dentre outros (MALUF, 2021, p.106).

Inicialmente, no que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana, cumpre informar que está disciplinado na Constituição Federal de 1988 no inciso III do art. 1º, enunciando que o nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.

Segundo Gagliano, a sua definição é uma das tarefas mais difíceis, ainda assim, arrisque-se a dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade (GAGLIANO, 2022, p.120).

O princípio da pluralidade das formas de família encontra previsão legal na Constituição Federal de 1988, nos §§ 3º e 4º do art. 226. Esse princípio detém grande

importância, pois regulamentou muitas relações que já existiam na sociedade, mas não eram reconhecidas, pondo fim ao modelo familiar pregado pela legislação anterior, em que definia a família como uma instituição originada por meio do matrimônio, estando fora do respaldo legal qualquer outro arranjo familiar.

O princípio da igualdade, no que lhe concerne, foi inicialmente implantado pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso I, repetido no art. 226 e 227, e posteriormente ratificado pelo Código Civil de 2002, atingindo de forma relevante o direito das famílias. Representa um avanço no direito brasileiro, no que se refere ao campo das relações familiares, a igualdade entre homens e mulheres é o principal ponto de partida.

Segundo Maluf (2021), o princípio da igualdade é proveniente da superação do individualismo jurídico e busca a construção de uma sociedade melhor, nas palavras do autor:

O princípio da solidariedade familiar, expresso nos arts. 3º, I, e 229 da CF, resulta da superação do individualismo jurídico e busca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Origina-se nos vínculos de afetividade que marcam as relações familiares, abrangendo os conceitos de fraternidade e reciprocidade (MALUF, 2021, p.109)

Ademais, o princípio da igualdade também teve importante participação no que se refere à filiação. Nesse sentido, o art. 227, § 6º, da CF/1988 determina que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, o art. 1.596 do Código Civil de 2002 tem o mesmo entendimento.

Já o princípio da solidariedade, está disposto no art. 3º, I, Constituição Federal de 1988, e visa a construção de uma sociedade justa, livre e solidária. Além disso, dispõe Gagliano (2022), que este princípio concretiza uma forma especial de responsabilidade social aplicada à relação familiar, preconiza o autor:

A solidariedade, portanto, culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. É ela, por exemplo, que justifica a obrigação alimentar entre parentes, cônjuges ou companheiros, ou, na mesma linha, que serve de base ao poder familiar exercido em face dos filhos menores. (GAGLIANO, 2022, p.166)

No que se refere ao princípio da liberdade, encontra previsão legal na Constituição Federal, bem como faz parte da primeira geração de direitos a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Maluf (2021), o princípio da liberdade diz respeito à autonomia individual para formar, manter ou extinguir relações familiares, assim como, a possibilidade de criar arranjos sem intervenções externas. Ademais, tal princípio pode se estender ainda a livre administração do patrimônio familiar, ao livre planejamento familiar, a liberdade de escolha em face das preferências valorativas individuais, considerando para tanto as limitações de ordem moral, mental ou em face da integridade física, em evidente oposição ao sistema anterior, visto que possui um modelo mais democrático (MALUF, 2021, p.111).

Por fim, não poderia ficar de fora o princípio da afetividade, que está implícito na Constituição Federal de 1988, e circunda as relações familiares, por possuir forte vínculo com o princípio da dignidade da pessoa humana. É o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida.

O referido princípio é indissociável das relações familiares, sendo inerente a qualquer relacionamento conjugal ou parental, pois é por meio do afeto que ocorre o estreitamento dos laços. Assim, tem-se que o princípio da afetividade é basilar do direito das famílias, e também teve grande relevância na superação daquela ideia da família matrimonializada, demonstrando que o afeto pode ser capaz até mesmo de sobressair os laços biológicos ou consanguíneos.

Nesse tocante, destaca-se a questão da multiparentalidade, decidida em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 898.060/SC, tendo sido reconhecida a possibilidade da filiação biológica concomitante à socioafetiva, por meio de tese assim firmada: *"A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios."*

Por todo o exposto, nota-se que os princípios são a base para o conceito contemporâneo de família. Ainda assim, o presente trabalho apenas propõe um panorama desses princípios, alguns peculiares ao Direito de Família, outros gerais, mas que possuem grande relevância no âmbito familiar.

2.2 AS FAMÍLIAS NA CONTEMPORANEIDADE

A família contemporânea vem enfrentando mudanças em muitas dimensões. Como visto anteriormente, as suas bases sofreram grandes modificações, pois o patrimônio, a consanguinidade ou o aspecto biológico, não são mais os únicos fatores determinantes do laço

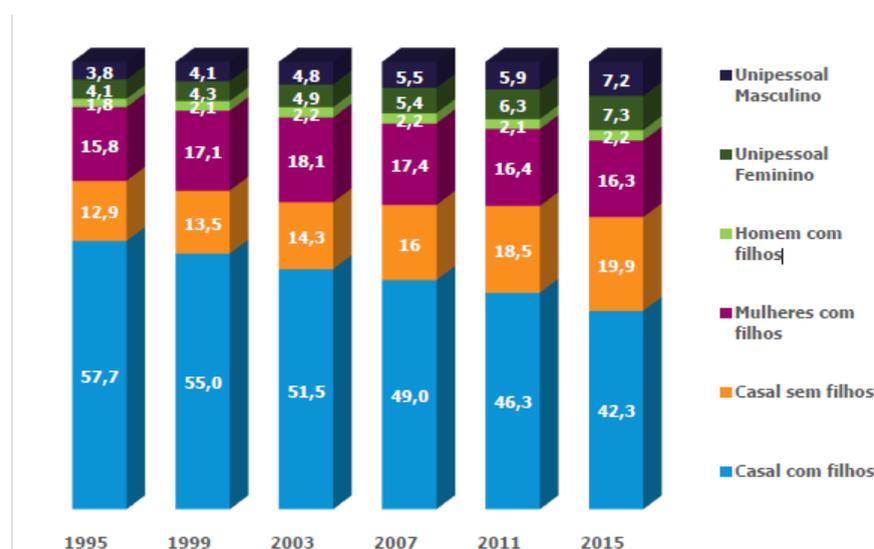
familiar, pois o afeto passou a ocupar um papel muito importante na constituição dessa instituição.

Acerca desses novos arranjos familiares, cumpre apresentar um recorte a partir de bases de dados do IBGE e do IPEA, com alguns dados sobre a evolução histórica da composição familiar no Brasil nos últimos 25 anos, bem como o crescimento da proporção de mulheres solteiras com filhos e o aumento das mulheres chefes de família.

Pelos dados coletados, nos últimos 20 anos, a principal alteração na composição familiar da população brasileira consistiu em uma redução significativa da proporção de casais com filhos, e um correspondente aumento dos casais sem filhos (IPEA, 2009).

Além disso, houve uma maior participação da mulher no mercado de trabalho, bem como a redução das taxas de fecundidade e o envelhecimento da população impactaram no aumento do percentual de casais sem filhos no período de 1995 a 2015. E, embora os casais com filhos permaneçam como a forma predominante dentre os tipos de composição familiar, sua participação caiu de 57,7% para 42,3% nas últimas duas décadas (IBGE, 2016) (Gráfico 1) (IPEA, 2009).

Gráfico 1 — Distribuição percentual dos tipos de composições familiares – Brasil - 1995/2015

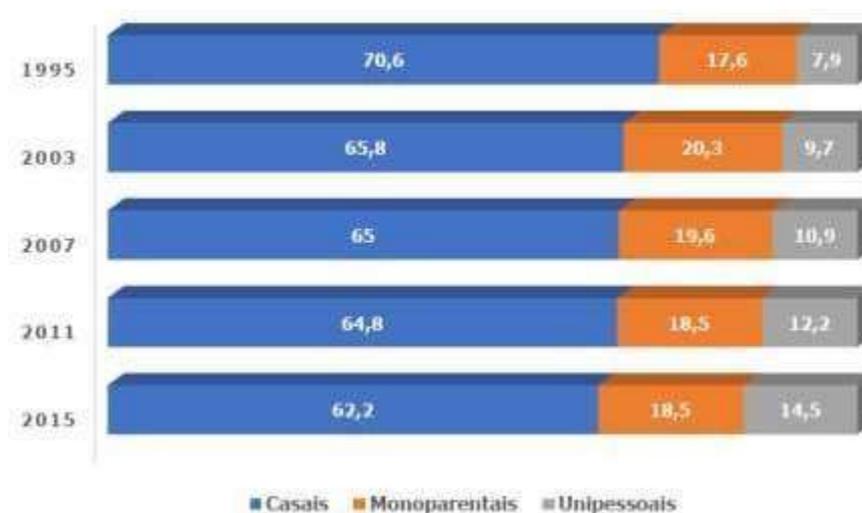


Fonte: IPEA. Indicadores. Chefe de família. Distribuição percentual das famílias, por tipo de arranjo familiar, segundo sexo do/a chefe de família, 1995 a 2015.

A redução dos casais com filhos reflete diretamente no crescimento das famílias monoparentais femininas, que já representavam um percentual significativo há pouco mais de 20 anos (15,8% para 16,3%), e das masculinas, que cresceram de 1,8% para 2,2% do total

(Gráfico 1), mas com o passar dos anos registrou um aumento cada vez mais significativo. Conforme os dados a seguir, a proporção de famílias unipessoais quase dobrou nesse período, passando de 7,9% para 14,5% (Gráfico 2) (IPEA, 2009).

Gráfico 2 — Distribuição percentual dos casais e composições familiares que não envolvem casais – Brasil – 1995/2015



Fonte: IPEA. Indicadores. Chefe de família. Distribuição percentual das famílias, por tipo de arranjo familiar, segundo sexo do/a chefe de família, 1995 a 2015.

Pelos dados acima expostos, evidenciam-se mudanças principalmente no que se refere ao papel da mulher que sofreu grandes impactos ao longo do tempo. Como manifestações legislativas que impulsionaram o desenvolvimento da mulher, destaca-se a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962 (conhecida por Estatuto da Mulher Casada), que foi a responsável por promover a emancipação feminina, pois possibilitou que ela se tornasse economicamente ativa sem necessitar da permissão do marido, além de que, por meio dela a mulher passou a ter direito sobre os seus filhos e compartilhar do poder familiar, podendo pleitear a guarda em caso de separação. Acerca dessa lei, cumpre ressaltar as lições de Maluf (2021):

O Estatuto da Mulher Casada, amparado nos ditames da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, preconiza a emancipação feminina em prol da igualdade entre os sexos. Vemos assim que no âmbito legislativo os diversos textos legais acabaram por retratar a trajetória jurídica da mulher, que partiu de um ponto de total submissão para outro de igualdade formal, que terminou por alterar a própria organização da família. (MALUF, 2021, p.119)

Um segundo momento de grande relevância legislativa foi a entrada em vigor da Lei n. lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), proveniente de uma alteração da Lei Maior, uma vez que

a indissolubilidade do matrimônio era estabelecida constitucionalmente, colaborou fortemente para a obtenção de direitos por parte da mulher, inclusive alterou o regime de bens, tornou optativa a adoção do nome do marido, reconhecendo os direitos personalíssimos da mulher, além de, primordialmente, instituir o fim da sociedade conjugal, garantindo a possibilidade de novo casamento.

A modificação do nome entre o casal, tornou-se um claro exemplo de aplicação do princípio da igualdade, conforme preceitua Maluf (2021):

A igualdade entre marido e mulher, norma de eficácia plena, tem como uma de suas consequências a possibilidade de o marido adotar o sobrenome da mulher. Essa regra, que representa uma inovação, vem prevista no art. 1.565 do CC e é necessária para a devida adequação ao referido princípio constitucional da igualdade, que não era facultado na égide do Diploma Civil anterior, (...) (MALUF, 2021, p.133)

Uma recente atualidade legislativa no que se refere aos direitos das mulheres é a Lei n. 11.340/2006, Lei Maria da Penha, que veio implementar os meios adequados para o enfrentamento da violência no âmbito das relações familiares, conforme o art. 226, § 8o, da CF.

É importante destacar que a violência doméstica não se restringe a violência praticada entre homem e mulher, ou conviventes em união estável. Em verdade, para ficar caracterizada a violência doméstica é imprescindível que exista relação familiar ou de afetividade entre o agressor e a vítima, de modo que a coloque em situação de vulnerabilidade. Assim, até mesmo uma relação de namoro pode ensejar uma situação de violência doméstica.

As relações entre homem e mulher, antes tão desiguais, passaram a ser mais justas e equiparadas, sendo necessário retomar aqui ao princípio da igualdade inserido na Constituição Federal de 1988, que estabelece como objetivo fundamental do Estado promover o bem de todos, sem discriminação.

Conforme dispõe Maluf (2021), pela primeira vez foi enfatizada a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, e a sua entrada em vigor trouxe positivos avanços em relação à igualdade de gênero para o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que na sua base principiológica se encontra a dignidade da pessoa humana, que se traduz na afirmação de novos direitos sociais e econômicos reconhecidos pelos tratados internacionais, refletindo, assim, na ampliação da cidadania por uma parcela da população que padecia de visível discriminação. Nesse sentido, declara o autor que a própria denominação do termo família sofreu alteração:

O próprio conceito de família foi alterado, recebendo tratamento abrangente e igualitário à família constituída pelo casamento, pela união estável entre homem e mulher, e pela monoparentalidade. Surgiram novos valores sociais referentes à autonomia pessoal da mulher, o exercício de sua liberdade e privacidade na área da sexualidade. (MALUF, 2021, p.127)

Ademais, o Código Civil de 2002 também trouxe mudanças relevantes, conforme declara o autor:

O Código Civil de 2022 colocou a mulher em uma posição de maior equidade, bem como, apresentou uma evolução significativa para a mulher em sua evolução no que se refere aos direitos humanos, dentre os quais cumpre mencionar os direitos a personalidade em matéria do direito de família, a questão da adoção (ou não) e a conservação (ou não) do nome do cônjuge nos casos de casamento, separação e divórcio. (MALUF, 2021, p.127)

No que diz respeito à difusão dos direitos de cidadania promulgados pela Constituição (1988), o reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, expresso pelo Estatuto da Criança e Adolescente (1990) e, por último, o Código Civil (2002), realizaram modificações consideráveis no plano da legalidade do direito de famílias, pois é aumentada a concepção de família e, como efeito, a proteção a ela destinada, contemplando os diferentes arranjos familiares.

Pelo exposto, cumpre observar as inúmeras formas de família vigentes na atualidade. Essas novas composições escapam do antigo formato tradicional, pois obedecem a uma enorme gama de tipos, a saber: família matrimonial, família formada na união estável, concubinária, monoparental, unilinear, homoafetiva, famílias recompostas, mosaico, pluriparental, anaparental, eudemonista, paralela, unipessoal, homoafetiva, plural, formada nos estados intersexuais, entre outras.

Segundo Maluf (2021), esses novos modelos de família possuem uma grande implicação jurídica, tendo em comum o desejo de inserção e de proteção do ser humano, em um campo onde possam desenvolver suas potencialidades e peculiaridades, tendo em vista o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, esses arranjos familiares provocam fortes impactos sociais e geram novos tipos de conflitos, que necessitam de uma tratativa capaz de atender a todas as suas peculiaridades. Nesse tocante, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) criado em 2007, formulou o Estatuto das Famílias, objetivando adaptar o Direito da Família às necessidades e à realidade da sociedade contemporânea, inovando na busca por novas soluções para os litígios e demandas familiares, pautados em novos valores jurídicos, dentre os quais cumpre mencionar a solidariedade, o afeto, a pluralidade e o cuidado.

Assim, ante a necessidade de solucionar os litígios provenientes das famílias, e o intuito de preservar os vínculos afetivos preexistentes, a mediação surge como um método mais adequado para a resolução dessas demandas.

2.3 AS PRINCIPAIS DEMANDAS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Os litígios de natureza familiar decorrem essencialmente de questões afetivas, psicológicas e de cunho emocional que sobressaem o próprio objeto do conflito. Ocorre que uma família em crise acaba tornando seus membros vulneráveis, tornando necessário uma tutela que ultrapasse o campo jurídico, alcançando também as questões cognitivas e comportamentais.

Todavia, comumente os magistrados decidem com base no núcleo central do conflito, fazendo cumprir os dispositivos legais, ignorando as demais questões afetivas. No entanto, quando a solução do litígio se restringe a aplicação da lei, pode resultar na violação de direitos fundamentais das partes envolvidas na controvérsia familiar, como a dignidade, liberdade, igualdade, intimidade e privacidade dos sujeitos.

Assim, com a resolução dessas demandas por meio da mediação tornou-se possível acolher todas essas questões que circundam o núcleo do conflito, respeitando a individualidade das partes e particularidade de cada caso, considerando inclusive as relações de afeto.

O presente tópico se propõe a apresentar os principais conflitos do direito da família, provocando uma breve análise de cada um. É sabido, pois, que os conflitos e as disputas nas relações de família são inúmeros, variando a gravidade e a intensidade, assim, não há pretensão de esgotar todos os tipos de controvérsias existentes.

2.3.1 Da união estável

No que se refere à união estável, tem-se que passou a receber amparo da Constituição Federal de 1988, no seu art. 226, § 3º.

Segundo dispõe Maluf (2021):

Considera-se união estável a entidade familiar estabelecida entre o homem e a mulher, de forma pública, contínua e duradoura, com ânimo de constituir uma família, diferente do concubinato, que se restringe às relações entre homens e mulheres impedidos de casar-se. (MALUF, 2021, p.658).

Além disso, o Código Civil regula a união estável no seu art. 1.723 do CC, definindo-a como a entidade familiar entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição da família.

Todavia, a partir dessas definições percebe-se que a nomenclatura expressa aos termos “homem” e “mulher” afasta a possibilidade de configurar-se união estável entre pessoas do mesmo sexo. Entretanto, essa determinação veio a ser desobrigada tendo em vista recente decisão emanada do STF acolhendo as relações homoafetivas como união estável (MALUF, 2021, p.660).

Do mesmo modo, os partícipes desse enlace afetivo comportam-se como se casados estivessem, razão por que devem observância a deveres equiparáveis aos do casamento (art. 1.724, CC/2002), submetendo-se, ainda, a um regime de bens (art. 1.725, CC/2002) e sucessão patrimonial (art. 1.790, CC/2002). (GAGLIANO, 2022, p.255)

Contudo, para ensejar a união estável deve ser cumprido alguns elementos caracterizadores, como a publicidade da convivência, no qual o casal deve ser reconhecido socialmente como uma família, em uma convivência pública.

Outro importante elemento caracterizador da união estável é o seu caráter contínuo, pois segundo Gagliano (2021), a união estável requer uma convivência contínua, pois não se coaduna com a eventualidade, nas palavras do autor:

Este é um elemento que permite diferenciar, à primeira vista, a união estável de um mero namoro, ainda que se reconheça que há certos namoros que, de tão longos, são conhecidos, jocosamente, como “casamentos por usucapião”, o que, obviamente, não se reconhece como fato que origine efeitos jurídicos, salvo na hipótese de uma legítima e inquestionável expectativa de constituição de família. (GAGLIANO, 2022, p.776)

O terceiro elemento caracterizador é a estabilidade, pois é necessário que haja uma convivência duradoura entre as partes. Por fim, o principal elemento é o objetivo das partes em constituir uma família. Esse requisito deve ser o primeiro a ser investigado, pois cuida da essência do instituto no novo sistema constitucionalizado, diferenciando uma união estável de uma relação meramente obrigacional. (GAGLIANO, 2022, p.777)

Registre-se que a tênue e sutil fronteira entre uma união estável e uma simples relação de namoro, tem servido de alerta para os casais se precaver, formulando em livro de notas de Tabela, o denominado “contrato de namoro”, firmado com o nítido propósito de afastarem o regramento do Direito da Família.

2.3.2 Do divórcio e dissolução da união estável

Em que pese o Estado tenha o encargo de defender e proteger a família, não pode obrigar os indivíduos a manterem uma vida em comum, uma convivência obrigatória em nome da manutenção da família. Contudo, somente com o advento do Código Civil de 1916, surge no direito brasileiro o instituto do desquite, que nada mais era do que a separação sem rompimento do vínculo.

Segundo a definição de Maluf (2021):

O divórcio é o rompimento legal e definitivo do vínculo de casamento civil. É uma das três maneiras de se dissolver um casamento, além da morte de um dos cônjuges. O processo legal de divórcio pode envolver questões como atribuição de pensão de alimentos, regulação de poder paternal, relação ou partilha de bens, regulação de casa de morada de família, embora esses acordos sejam complementares ao processo principal. (MALUF, 2021, p.556)

O divórcio é o meio voluntário de dissolução do casamento. O meio não voluntário é a morte de um ou de ambos os cônjuges. Entre as modalidades de divórcio conhecidas pela lei brasileira, registra-se: divórcio consensual, que ocorre quando não há litígio entre os cônjuges, e o divórcio litigioso, que ocorre quando há dissentimento (litígio) entre os cônjuges.

Maluf (2021), descreve acerca dos efeitos do divórcio:

Quanto aos efeitos do divórcio, inicialmente cumpre observar que a sentença que o declara tem efeito *ex nunc*, não sendo, portanto, atingido os efeitos anteriores a ela. Além disso, os efeitos da sentença de divórcio passam a existir a partir do registro no Cartório de Registro Civil, aquele onde se realizou o casamento (MALUF, 2021, p.597).

Nesse sentido, os principais efeitos do divórcio são: dissolução do vínculo matrimonial; término das obrigações matrimoniais recíprocas dos cônjuges; extinção do regime de bens, com a realização da partilha; extinção do direito sucessório entre os cônjuges; impossibilidade do restabelecimento da sociedade conjugal.

Ademais, existem outras formas de extinção ao divórcio, conforme sugere Maluf (2021):

Pode haver a extinção do direito ao divórcio, quando o casamento for dissolvido por sentença que homologa ou decreta o divórcio ou nos casos que o pedido de divórcio tenha sido negado; pelo perdão dos cônjuges, declarando que desejam continuar com a vida em comum; pela renúncia, que a seu turno representa a desistência da ação de divórcio; pelo decurso do tempo, pela morte de um dos cônjuges no curso da ação, ou antes, do registro da sentença (MALUF, 2021, p.635)

Segundo Gagliano (2022), assim como ocorre no casamento, os partícipes da união estável devem observar direitos e deveres recíprocos em suas relações pessoais. É o que dispõe o art. 1.724: Art. 1.724. “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

Nesse tocante, tem-se que não há diferença quando comparado aos deveres decorrentes do casamento, pois mantém-se o compromisso de fidelidade sexual e afetiva, bem como a ideia de que a sua violação, aliada à insuportabilidade de vida em comum, poderá resultar na dissolução da relação de companheirismo.

2.3.3 Alimentos

Muitas vezes compreendido de maneira errônea, o termo “alimentos” em sua acepção jurídica possui um significado mais abrangente, pois consiste em um conjunto de prestações necessárias para a vida digna do indivíduo, conforme previsão legal disposta no art. 1.694, CC/2002.

O Código Civil de 2002, que regulamentou o tema nos arts. 1.694 a 1.710, alterou o panorama da prestação alimentar, adaptando-a às vicissitudes da modernidade e aos princípios constitucionais, mormente ligados à dignidade do ser humano.

Segundo Gagliano (2022), a base da prestação alimentar, encontra guarida nos princípios da dignidade da pessoa humana, de extrema relevância para o ordenamento jurídico todo, e, também, o princípio da solidariedade familiar.

Os pressupostos e critérios da fixação de alimentos decorrem do pressuposto fundamental de fixação, a saber: necessidade-possibilidade, o referido binômio consiste basicamente na interpretação do art. 1.695, CC/2002.

Todavia, a doutrina mais moderna vai além do dispositivo legal, considerando que o respaldo fático da fixação estará calcado, em verdade, em um trinômio. Assim, preleciona Gagliano (2022):

(...) a justa medida entre estas duas circunstâncias fáticas: a razoabilidade ou proporcionalidade. Vale dizer, importa não somente a necessidade do credor ou a capacidade econômica do devedor, mas, sim, a conjunção dessas medidas de maneira adequada. (GAGLIANO, 2022, p.1255)

Portanto, tem-se que o critério de fixação de alimentos pode ser determinado tanto em valores fixos, quanto variáveis, bem como em prestação in natura, obedecendo ainda à conjugação do trinômio necessidade-possibilidade e proporcionalidade.

2.3.4 Da guarda

Para adentrar na temática da guarda se faz necessário entender o instituto jurídico do “poder familiar”. Quanto a esse, cumpre informar que foi o Código Civil de 2002 que trouxe pela primeira vez a expressão “poder familiar” rompendo com a terminologia do pátrio poder utilizada anteriormente pelo Código Civil de 1916.

Porém, mais importante do que a mudança terminológica foi a evolução cultural, que tornou nítida aos genitores a importância jurídica, moral e espiritual que a autoridade parental dispõe em face dos seus filhos, enquanto menores.

Nessa toada, Gagliano conceitua o poder familiar como o plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental exercendo em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes. (GAGLIANO, 2022, p.1077)

Ainda, nos termos do art. 1.631, CC/2002, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade, cumpre ressaltar que tal condição se aplica também a outras formas de arranjo familiar.

Esclarecido o instituto do poder familiar, há de se tratar acerca da guarda como um instituto derivado da própria autoridade parental exercida pelos pais, destacando que para efeito de fixação da guarda, deve ser considerado o interesse existencial da prole, e não a suposta culpa daquele que teria sido o responsável pelo fim do casamento/união estável.

Segundo Gagliano, o tema da guarda passou por mudanças relevantes em decorrência do Código Civil de 2002. Inicialmente, merece destaque a Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008, responsável por estabelecer a guarda compartilhada como uma das modalidades possíveis a ser deferida, em seguida a Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014, que conceitua e disciplina a sua atuação, tornando-a a regra geral no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, a interpretação que se colhe do § 2.º do art. 584 do Código Civil brasileiro, é que na ausência de acordo entre a mãe e o pai acerca da guarda da prole, e estando ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, exceto na hipótese de recusa de um desses pais. (GAGLIANO, 2022, p.1103)

No tocante aos tipos de guarda, o autor conceitua quatro modalidades: guarda unilateral ou exclusiva, guarda alternada, nidação ou aninhamento e guarda compartilhada ou conjunta.

A guarda unilateral ocorre quando um dos genitores detém unilateralmente a guarda do menor, incumbindo ao outro o direito à visitação, nessa situação o filho deve possuir residência fixa no domicílio do detentor da guarda. A guarda alternada, por sua vez, caracteriza-se pelo revezamento dos genitores no tocante ao desempenho da guarda, pois neste caso existe uma alternância na exclusividade da guarda, e o tempo de seu exercício dependerá da decisão judicial.

O autor ainda apresenta a modalidade conhecida como nidação ou aninhamento, considerada pouco comum na nossa jurisprudência, nesse caso o menor permanece no mesmo domicílio em que vivia o casal, enquanto casados, e os pais se revezam na companhia desta. (GAGLIANO, 2022, p.1102)

Por fim, a guarda compartilhada, conforme visto anteriormente esta modalidade é preferível em nosso sistema, neste tipo de guarda não existe exclusividade por parte dos genitores, pois ambos são corresponsáveis pelas decisões que envolvem a vida da criança, em razão disso é vista como o melhor modelo de custódia filial, na perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana. (GAGLIANO, 2022, p.1103).

2.3.5 Da tutela

Segundo Maluf (2021), a tutela diz respeito ao encargo conferido a alguém para poder dirigir e administrar os bens de menor não submetido ao poder familiar, que por sua vez incumbe aos pais, com base nos arts. 1.630 e 1.631 do Código Civil.

Assim, nos termos do art. 1.728 do Código Civil, os filhos menores são postos em tutela, na hipótese de falecimento de ambos os genitores, quando se encontram estes suspensos ou destituídos do poder familiar, ou quando ausentes, os filhos menores são então postos em tutela.

No que tange aos tipos de tutela, é possível identificar três formas diferentes provenientes do direito romano, quais sejam: a tutela testamentária; a tutela legítima e a tutela dativa. Acerca da distinção de cada uma, Maluf (2021), descreve:

Como diferença basilar entre os três tipos de tutela, tem-se que a tutela é testamentária quando o tutor é nomeado pelo testador; é legítima, no caso de o tutor

ser parente escolhido pelo juiz, segundo a ordem especial estabelecida pela lei, chamada ordem de vocação tutelar; quando, por outro lado, não houver parente a ser chamado, nem nomeação testamentária, recaindo a escolha do tutor em um estanho, tem-se a tutela dativa (MALUF, 2021, p.1426).

Quanto à incapacidade de exercer a tutela, o Art. 1.735 do Código Civil, prescreve:

Art. 1.735. Não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam:

I - aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens;

II - aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor;

III - os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela;

IV - os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena;

V - as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores;

VI - aqueles que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela.

Para entender o exercício da tutela recorre-se aos ensinamentos de Gonçalves (2017), no qual aduz assemelhar-se ao do poder familiar, mas não se equipara, por ser detentor de algumas limitações, além de precisar se submeter à inspeção judicial.

Assim, ainda que o tutor ocupe o lugar dos pais, com os direitos e deveres que estes teriam no tocante à pessoa e aos bens do tutelado, existem algumas limitações, dentre as quais está inclusa a necessidade de autorização do juiz, por exemplo, para pagar as dívidas do menor, aceitar por ele heranças, legados ou doações, etc. (CC,art. 1.748) (GONCALVES, 2017, p.1373).

Por fim, considerando a natureza protetiva do instituto da tutela, esse dispositivo cessa somente com a maioridade ou a emancipação do menor; ou ao cair o menor sob o poder familiar, no caso de reconhecimento ou adoção, conforme previsão legal do art. 1.763 do Código Civil. Já as condições do tutor cessam ao expirar o termo, em que era obrigado a servir, ao sobrevir escusa legítima ou ao ser removido, atendendo aos termos do art. 1.764 do Código Civil.

3 A COMPREENSÃO DO CONFLITO E OS ELEMENTOS HISTÓRICOS DA MEDIAÇÃO

Considerando que os conflitos constituem o elemento básico da mediação, este capítulo inicia incorporando as reflexões de Carlos Eduardo Vasconcelos acerca do conflito na perspectiva da mediação, reportando-se também às contribuições de Pierre Weil e Alberto Warat.

Para Vasconcelos (2008), o conflito ou dissenso é fenômeno inerente às relações humanas. Portanto, o conflito não deve ser visto de forma negativa, pois é algo natural que decorre das percepções e posicionamentos distintos dos indivíduos, quanto a fatos e condutas que envolvem expectativas, valores ou interesses comuns. Diz o autor:

O conflito e dissenso. Decorre de expectativas, valores e interesses contrariados. Embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga. Cada uma das partes da disputa tende a concentrar todo o raciocínio e elementos de prova na busca de novos fundamentos para reforçar a sua posição unilateral, na tentativa de enfraquecer ou destruir os argumentos da outra parte. Esse estado emocional estimula as polaridades e dificulta a percepção do interesse comum. (VASCONCELOS, 2008, p.20).

Assim, para desconstruir a ideia de que deve-se evitar o conflito a todo custo, e que este é prejudicial para as relações, se faz necessário antes de tudo compreendê-lo como algo inerente à condição humana, e que repudiá-lo ou simplesmente ignorá-lo apenas abre espaço para que se transforme em um embate violento entre os envolvidos.

Dessa maneira, ao invés de buscar a imediata eliminação do conflito, ele precisa ser gerido, na tentativa de identificar o que ele pode trazer de benéfico, desde a diferença de opiniões e visões, a aprendizagem e enriquecimento em termos pessoais e culturais. Isso porque, o conflito é antes de tudo resultado da diversidade que caracteriza os pensamentos, atitudes, crenças, percepções, bem como o sistema e a estrutura social em que estamos inseridos.

Nesse sentido, é possível verificar que os conflitos que possuem um enfoque adversarial tendem a tentar descartar o posicionamento do outro, assim, não promove uma escuta ativa do outro, pois está concentrado em construir argumentos visando rebater a sua opinião. Logo, o único meio de solucionar o conflito seria reconhecendo as diferenças e identificação dos interesses comuns e contraditórios.

Segundo Vasconcelos (2008), o conflito interpessoal, é composto pelo aspecto relacional, objetivo e a trama ou o processo decorrente da dinâmica dos dois aspectos mencionados, para tanto conceitua cada uma dessas nomenclaturas, a seguir expostas:

Relação interpessoal: conflito interpessoal pressupõe, pelo menos, duas pessoas em relacionamento, com suas respectivas percepções, valores, sentimentos, crenças e expectativas. Ao lidar com o conflito não se deve desconsiderar a psicologia da relação interpessoal. A qualidade da comunicação é o aspecto intersubjetivo, facilitador ou comprometedor da condução do conflito. Problema objetivo: o conflito interpessoal tem sua razão objetiva, concreta, material. Essa materialidade pode expressar condições estruturais, interesses ou necessidades contrariados. Portanto, o aspecto material, concreto, objetivo, do conflito é um dos seus elementos. A adequada identificação do problema objetivo, muitas vezes, supõe prévia abordagem da respectiva relação interpessoal. Trama ou processo: a trama ou processo expressa as contradições entre o dissenso na relação interpessoal e as estruturas, interesses ou necessidades contrariados. Como foi, por que, onde, quando, as circunstâncias, as responsabilidades, as possibilidades e processos do seu desdobramento e implicações. (VASCONCELOS, 2008, p. 23).

Ainda sob a perspectiva de Vasconcelos (2008), o conflito é fruto da convivência social entre os indivíduos e das suas incongruências. Nesse sentido, o autor divide os conflitos em quatro espécies: os conflitos de valores, conflitos de informação, conflitos estruturais e conflitos de interesses.

O autor dispõe que o único meio apropriado para lidar com o conflito interpessoal é utilizando uma linguagem construtiva e sem polarização, somente com essa mudança na forma de comunicar-se seria possível modificar as relações e resolver questões pontuais.

No que se refere ao aspecto evolutivo acerca do conflito, destaca que a sua forma de manifestar-se degenerada pela violência é alternada conforme as circunstância intersubjetiva, histórica, social, cultural e econômica.

Assim, declara que pesquisas realizadas pelo antropólogo e mediador William Ury, co-fundador do Harvard's Program on Negotiation, vêm demonstrando que os atos de violência entre os nossos ancestrais nômades eram esporádicos, pois os conflitos eram mediados pela comunidade, e a ordem tinha um caráter sacro.

Contudo, a partir da revolução agrícola, onde as comunidades sobreviveram por meio da agricultura e da pecuária, esses indivíduos foram se modificando, deixando de ser nômades e passando a serem sedentários. A partir dessas mudanças, os mais fortes foram tomando posse das terras produtivas e acumulando riquezas, assim, a violência foi convertida em instrumento de poder. Declara o autor:

Os conflitos eram mediados pela comunidade, coordenada em torno das lideranças comunitárias. A ordem tinha um caráter sacro, sendo as penas, sacrifícios realizados

em rituais, não se apresentando como imposição de uma autoridade social, mas como forma de proteger a comunidade do perigo que a ameaçasse. Vigorava um tipo de direito pré-convencional, revelado, indiferenciado da religião e da moral. As relações humanas eram pouco complexas e fortemente horizontalizadas. (VASCONCELOS, 2008, p.23).

Desse modo, o patrimonialismo, com todas as suas variantes, executa modelos hierarquizados e uma acumulação excludente do capital, tendo em vista uma rigorosa divisão do labor. Assim, essa natureza patrimonialista culminou em uma cultura de dominação.

Posteriormente, a partir do século XVI, com o desenvolvimento do comércio, o poder foi se deslocando para os senhores dos mares e cidades, capitalistas mercantis. O campo da ética, da moral, do jurídico e religioso ainda se confundiam, mas começaram a ser traçadas algumas diferenciações. Segundo Vasconcelos (2008), estas mudanças estão ligadas ao fenômeno cultural da escrita impressa. Assim preleciona:

Se observarmos a história da cultura europeia à luz destas distinções, torna-se evidente que, até o século XV, a cultura e, portanto, também a cultura jurídica europeia foi predominantemente uma cultura oral. A partir daí a cultura escrita expandiu-se gradualmente e a cultura oral retraiu-se. No entanto, é patente que, entre os séculos XV e XVIII, a estrutura da cultura escrita, ainda em processo de consolidação, esteve impregnada da lógica interna da cultura oral. Por outras palavras, nessa época escrevia-se como se falava e isso é observável na escrita jurídica. E então. Na segunda fase, entre o século XVIII e as primeiras décadas do século XX, a palavra escrita dominou a cultura. Logo a seguir, porém, a rádio e os meios audiovisuais de comunicação social redescobriram o som da palavra, dando assim início à terceira fase: uma fase de oralidade secundária. (VASCONCELOS, 2008, p.24).

Contudo, com o advento da revolução industrial, o comércio se expandiu e a cultura escrita propagou-se por intermédio da imprensa, do mesmo modo as facetas do patrimonialismo em sua vertente capitalista integraram ambientes de maior mobilidade cultural. Para Vasconcelos (2008), ampliaram-se a complexidade e a conflituosidade das relações interpessoais e interinstitucionais.

Segundo Vasconcelos (2008), com o avanço da sociedade e a globalização comunicativa, a cidadania vai-se universalizando e passa a possuir uma consciência mais clara do seu direito a uma vida digna, com acesso a igual liberdade, inclusive para discordar, e a uma igualdade de oportunidades.

Conforme dispõe o autor, essa nova perspectiva repercute permanência de velhos conflitos e o desenvolvimento de novos dissensos, nas palavras do autor:

Novos conflitos, aqueles relativos ao acesso e ao compartilhamento dos bens e oportunidades do conhecimento, à oralidade persuasiva. à consciência da

intersubjetividade. Velhos conflitos, aqueles que têm como paradigmas a hierarquia, a coação, a discriminação, a competição excludente, o fundamentalismo, o absolutismo. Novos conflitos, aqueles que têm como paradigmas a horizontalidade, a persuasão, a igualdade de oportunidades, a competição cooperativa, o pluralismo, o universalismo interdependente e suas dissipações (VASCONCELOS, 2008, p.27).

Assim, a mediação de conflitos deve ser uma aplicação do novo paradigma da ciência, no que diz respeito à condução dos conflitos. Nesse sentido, Vasconcelos (2008) denomina a mediação como uma via favorável ao diálogo que pode resultar ou não em acordo:

Mediação é um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador-que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito-, expõem o problema, são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e, eventualmente, firmar um acordo (VASCONCELOS, 2008, p.36).

Nessa reflexão acerca do conflito, merece destaque as contribuições de Pierre Weil (1993), no qual descreve que todos os conflitos nascem sobre limites fantasiosos do universo que surgem a partir da formação mental da “fantasia da separatividade”, que cuida de um fenômeno que consiste em crer que o sujeito e o universo não guardam nenhuma relação. Assim, a partir desse pensamento os indivíduos começam a levantar fronteiras e criar limites.

Contudo, a partir do momento em que se percebe um conflito como um fenômeno natural na relação de quaisquer seres vivos, é possível visualizá-lo de forma positiva. Assim, o conflito não é visto como um obstáculo à paz, mas como um meio para construir uma cultura de paz, no qual se faz necessário mudar atitudes, crenças e comportamentos. Sendo a paz um conceito dinâmico que leva as pessoas a provocar, enfrentar e resolver os litígios de uma forma não-violenta.

Tendo em mente a ideia do conflito como um instrumento por meio do qual se busca a retomada de relações positivas, os meios consensuais de resolução de litígios seriam os mais adequados para a sua tratativa.

Por sua vez, Alberto Warat (2004) aduz que os conflitos não desaparecem, apenas se transformam, assim, cabe a figura do mediador entender a diferença entre intervir no conflito e no sentimento entre as partes, pois a principal função do mediador é fazer com que elas prestem atenção em si mesmas e não ao conflito, que muitas vezes é visto como algo externo ao sujeito.

Para Warat (2004), os conflitos reais encontram-se no interior de cada indivíduo, por isso a importância da linguagem a ser utilizada na mediação. Essa linguagem deve ser sentida,

e precisa ser intermediada pelo mediador, que lentamente guia as pessoas a manifestarem seus sentimentos, e assim facilita convergir o conflito. Segundo as palavras do autor:

Os conflitos reais encontram-se no interior, no coração das pessoas, por isso uma nova linguagem para a mediação, uma linguagem nova, poética e cheia de sentimentos. A linguagem que vem do coração é uma linguagem mágica, diferenciada falada e da escrita, é uma linguagem sentida. O dever do novo mediador é ajudar lentamente as pessoas a manifestarem os seus sentimentos através da linguagem do coração, pois é sentindo que a pessoa para pensar no que o outro também está sentindo e assim é mais fácil convergir o conflito. (WARAT, 2004, p.16).

Ademais, o autor declara que na mediação, a autocomposição está presente na tomada das decisões, pois são as partes envolvidas no enfrentamento que assumem o risco das decisões. Desse modo, a mediação se apresenta como uma proposta modificadora do conflito, já que a busca pela solução do conflito é alcançada pelas próprias partes por meio do amparo do mediador.

A mediação, segundo Warat (2004), tem como finalidade auxiliar os envolvidos a redimensionar os problemas e a função do mediador e colaborar para que as partes reconstruam a relação conflituosa. Portanto, a mediação possui uma abordagem diferente na tratativa do conflito, pois trabalha com a possibilidade de transformação, tudo através da possibilidade de assumir uma postura de alteridade, que nas palavras de Warat consiste em “podermos nos olhar a partir do olhar do outro para entendê-lo e a nós mesmos”.

3.1 A MEDIAÇÃO NO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Para entender a mediação no Brasil é necessário retornar às raízes históricas do país e acessar outros meios adequados de resolução de litígios, pois os primeiros fragmentos históricos dizem respeito ao uso da conciliação em nosso ordenamento, que datam das Ordenações Filipinas. Nesse diploma havia a menção à tentativa conciliatória prévia à propositura da demanda.

Posteriormente, essa diretriz serviu de inspiração para a Constituição do Império de 1824, que estabelecia uma etapa de conciliação preliminar, de competência dos juízes de paz, e o Decreto n. 737 de 185019. No entanto, em 1890, durante a República, a prática foi abolida, por meio do Decreto n. 359, após declarada a sua inutilidade. Ainda assim, muitos Estados mantiveram a conciliação, de forma facultativa (PINHO, 2022, p.55).

Uma nova fase surge com a Consolidação das Leis do Trabalho, que foi a responsável por estruturar as Juntas de Conciliação e Julgamento, que depois foram modificadas para

varas do trabalho pela EC 24/99. No ano 2000, a Lei n. 9.958 instituiu as comissões de conciliação, objetivando que a tentativa conciliatória prévia fosse obrigatória em qualquer demanda trabalhista, no entanto, alguns anos depois essa medida foi suspensa pelo STF por ser considerada inconstitucional (PINHO, 2022, p.55).

Com o CPC/73, houve a previsão da audiência preliminar, no art. 331, dispositivo esse que passou por diversas alterações. Em 1994, a edição da Lei n. 8.952, modificou novamente o dispositivo para acrescentar a conciliação entre os deveres do juiz e implantá-la como uma das finalidades da audiência preliminar (PINHO, 2022, p.56).

Mas nos que diz respeito à mediação, as medidas tomadas para positivá-la datam um período mais atual, e a sua primeira tentativa restou frustrada, conforme dispõe Pinho (2022):

Especificamente em relação à mediação, o esforço do legislador em positivá-la é mais recente. A primeira tentativa foi o Projeto de Lei n. 4.827/98, proposto pela Deputada Zulaiê Cobra, que trazia uma regulamentação concisa, estabelecendo a definição de mediação e elencando algumas disposições a respeito. Contudo, o PL acabou arquivado após oito anos de tramitação acidentada. (PINHO, 2022, p.56)

Adiante, no ano de 2010, o Conselho Nacional de Justiça, editou a Resolução nº. 125, por meio da qual estabeleceu permanentemente o denominado sistema multiportas. A partir de então, restou instituída uma Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses.

Porém, foi no ano de 2011, que surgiram diversas iniciativas legislativas a fim de regulamentar a mediação judicial e a extrajudicial, em harmonia com a Resolução n. 125 do CNJ. Após diversas tratativas, o projeto foi aprovado em março de 2015, e o Presidente da República sancionou, convertendo na Lei nº 13.140/2015.

Desse modo, para compreender a mediação no Brasil, é necessário ter em mente que antes mesmo de existirem marcos legais sobre a mediação, houve um relevante protagonismo do Judiciário na aplicação e na regulação dos métodos consensuais por meio de resoluções, programas e núcleos permanentes de solução de conflitos.

A Resolução n. 125 do CNJ foi de grande importância, pois além de propor um Código de Ética, a Resolução estabeleceu parâmetros para a capacitação de conciliadores e mediadores judiciais, visando garantir a execução da conciliação e mediação de litígios em todo o território nacional, pois favoreceu a criação de Núcleos e Centro de Solução de Conflitos e Cidadania.

Assim, os maiores marcos legais para os meios consensuais foram a Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) e o Código de Processo Civil vigente (CPC), que fixaram princípios e

garantias básicas a serem seguidas e respeitadas (como a imparcialidade do mediador, a autonomia de vontade, confidencialidade, informalidade, dentre outros previstos no art. 166 do CPC e art. 2º. da Lei de Mediação).

Nesse sentido, conforme dispõe Barcellar (2016), a mediação surgiu no Brasil como um meio extrajudicial de conflitos e as novas legislações consolidadas na Lei de Mediação e o Novo Código de Processo Civil autorizaram tanto a mediação extrajudicial como a mediação judicial.

No conceito retirado da Lei n.13.140/2015, a mediação é uma atividade técnica, conduzida por um terceiro imparcial e sem poder de decisão, escolhido ou aceito pelas partes, destinada a auxiliá-las a identificar ou desenvolver soluções consensuais para suas controvérsias (parágrafo único do art. 1º da LM).

Essa abordagem se encaixa tanto para a mediação judicial quanto para a mediação extrajudicial. Faz-se necessário observar que o Novo Código de Processo Civil considera a mediação adequada para as causas em que já existia um relacionamento anterior entre as partes, no entanto, esse relacionamento não necessita ser jurídico e pode ser de qualquer ordem (BARCELLAR, 2016, p.229).

Diferente da mediação, a conciliação já possuía uma estrutura legal consolidada no CPC/73 e em outras legislações especiais, conforme fora visto. Contudo, havia uma diferenciação muito grande entre as fontes do direito que tratavam da mediação e da conciliação, pois a mediação ainda não possuía uma regulamentação.

Desta maneira, foi com o advento do Código de Processo Civil de 2015, que o uso de formas não adjudicatórias de conflitos, como a mediação, recebera maiores incentivos, tornando-se um procedimento prioritário na resolução de conflitos nos Tribunais brasileiros, devendo ser incentivada pelos operadores do Direito.

No tocante a estruturação da Política Judiciária Nacional no tratamento adequado dos conflitos, a Resolução CNJ N.º 125/2010 prevê um tripé, no qual o CNJ encontra-se no topo ocupando funções de caráter geral e nacional, logo em seguida destaca-se os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemecs) de cada tribunal, responsáveis pelo desenvolvimento da Política Pública nos Estados e pela instalação e fiscalização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs); e por fim os Cejuscs que são as “células” de funcionamento da Política Pública, nas quais atuam os conciliadores, mediadores e demais facilitadores de solução de conflitos, e os demais servidores do judiciário que atuam na triagem dos casos, no repasse de orientações, dentre outras demandas

Conforme dispõe o artigo 2º da Resolução CNJ Nº. 125/2010, a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos se sustenta sobre três pilares, a saber: 1) centralização das estruturas judiciárias, por meio dos Cejuscs; 2) adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores; 3) acompanhamento estatístico específico.

Deve-se destacar que além dos grandes marcos legais ora relatados, os meios adequados de resolução de litígios continuam em expansão e sendo amplamente debatidos, inclusive foram objeto do II Pacto Republicano, assinado em 13/04/2019 pelos três poderes da federação, em que, dentre os compromissos assumidos, constava o de “Fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização [...]”.

No que tange a caracterização da mediação, com base no dispositivo legal ela é descrita como voluntária, conforme dispõe o § 2º do art. 2º da Lei 13.140/2015, segundo o qual “Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”. Assim, segundo a Lei 13.140/2015, a mediação é uma atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Nessa mesma linha, Sales dispõe que a mediação representa um mecanismo de solução de conflitos pelas próprias partes, as quais, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória, sendo o mediador a pessoa que auxilia na construção desse diálogo (SALES, 2010, p. 23).

Para Scavone (2018), o mediador atua de certa forma a neutralizar a emoção das partes, tornando viável a solução do conflito sem intervir na substância da decisão dos envolvidos. Desse modo, colhe-se do presente conceito que a mediação é um meio de resolução consensual do litígio em que os sujeitos da relação buscam alcançar um consenso, contando com a participação de um terceiro intermediando o alcance do entendimento.

No sentido sociológico, Barcellar (2016), dispõe que “o objetivo da mediação é identificar os interesses (lide) que de regra estão encobertos pelas posições (lide processual).” (BARCELLAR, 2016, p.225).

Para tanto, é necessário que sejam seguidas as técnicas de um modelo consensual que devem respeitar os princípios da mediação, quais sejam: a imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé (art. 2º da LM).

Segundo Barcellar (2016), a característica que melhor distingue a mediação da conciliação é aquela prevista no Código de Processo Civil, aduz:

Aqui reside uma das muitas diferenças entre o processo da conciliação e o processo da mediação. A mediação é mais adequada para relações multiplexas (de vários vínculos) e a conciliação para relações mais simples de um único vínculo – conforme o Novo Código de Processo Civil de inexistência de vínculo anterior. (BARCELLAR, 2016, p.249)

Além disso, a mediação, como um método consensual, só opera se trabalhada com técnica. Dentre essas técnicas se faz necessário mencionar a pré-mediação, que consiste na preparação do ambiente em que irá ocorrer a sessão, incluindo até mesmo a posição dos mediados na sala, essa preparação e demais detalhes da comunicação efetiva compõem a pré-mediação (BARCELLAR, 2016, p.256).

Uma segunda técnica muito relevante na aplicação do método é a declaração de abertura, acerca desta, descreve Barcellar (2016):

Na declaração de abertura, incumbe ao mediador demonstrar a sua imparcialidade, deixando claro aos mediados as regras de comunicação que irão compor o processo, a fim de que esclarecidas todas as dúvidas, os mediados se sintam seguros e confortáveis em cada uma das etapas da mediação (BARCELLAR, 2016, p.260).

A escuta ativa/dinâmica diz respeito a intensidade e qualidade da fala que deve ocupar o mesmo patamar da intensidade e qualidade da escuta, nesse sentido Barcellar (2016) cita Fabiana Marion Spengler (2016):

Fabiana Marion Spengler define a escuta ativa como técnica por meio da qual o ouvinte busca compreender e se comunicar acerca do sentido e o motivo de mensagens verbais e não verbais (postura corporal), percebendo assim informações ocultas contidas na comunicação. Destaca que todos têm uma grande necessidade de serem ouvidos e saber que os outros se importam com o que dizem. Ouvir bem é uma habilidade importante que o mediador pode utilizar num diálogo difícil. (BARCELLAR, 2016, p.264 *apud* SPENGLER, 2016, p. 63).

Uma das mais relevantes técnicas trata-se da comunicação eficaz, que encontra previsão no próprio Código de Processo Civil, no qual destaca que incumbe ao mediador guiar os mediados a entender as questões, buscando firmar um diálogo para que eles se identifiquem, por si próprios, alcançando então soluções satisfatórias para os próprios litígios (§ 3º do art. 165) (BARCELLAR, 2016, p.266).

Ainda merece destaque a técnica intitulada de *caucus* ou sessões privadas que é mais apropriada para situações que envolvem muita tensão emocional, basicamente consiste em ouvir as partes separadamente, conforme dispõe Barcellar (2016):

É necessário que se evitem surpresas e sempre ocorra o esclarecimento de que, se for necessária, a técnica será empregada sempre com todas as partes com igualdade de tratamento e assegurado o dever de sigilo sobre todos os fatos e todas as informações que as partes desejarem manter confidenciais. (BARCELLAR, 2016, p.267)

Assim, ante a breve exposição é possível visualizar a mediação como um método que perpassa a barreira conflituosa entre os indivíduos, pois ao propor soluções pacíficas por meio de técnicas adequadas consegue modificar o padrão adversarial e alcançar a pacificação social.

Outrossim, ao transformar a forma de se relacionar entre os envolvidos, a mediação serve de instrumento pedagógico, que pode gerar a autocomposição em futuros conflitos, evitando o acionamento desnecessário da Justiça.

3.2 OS PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO

Os três principais marcos normativos, relativos aos meios consensuais (Resolução n. 125/2010 do CNJ, CPC e Lei de Mediação), tornam evidente que não existe uniformidade quanto aos critérios adotados para determinar algo como princípio.

Nesse sentido, a Resolução n. 125/2010 do CNJ, o CPC e a Lei de Mediação expressamente chamam de princípios da mediação e da conciliação, aqueles dispostos no art. 166 do CPC, pelo art. 2º da Lei de Mediação e pelo art. 1º do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais do Anexo III da Resolução n. 125/2010. Tais princípios são: informalidade, oralidade, confidencialidade, busca do consenso, boa-fé, imparcialidade, independência e autonomia, isonomia entre as partes, autonomia da vontade, decisão informada, empoderamento, validação, respeito à ordem pública e às leis vigentes, e competência.

A ausência de uniformidade acerca da compreensão dos princípios e a sua aplicação também alcança a doutrina. No entanto, o presente estudo se debruça sobre a perspectiva de Lília Sales (2010), no qual sustenta que os princípios da mediação podem variar pelo mundo, mas que existe consenso sobre alguns deles, sendo: liberdade das partes, não competitividade,

poder de decisão das partes, participação de terceiro imparcial, competência do mediador, informalidade do processo, e confidencialidade no processo.

Em uma breve síntese, será visto cada um desses princípios, a começar pela liberdade das partes, que prevê que os mediados devem estar livres quando resolvem os litígios por meio da mediação.

Nas palavras de Lília Maia de Moraes Sales (2010): “Às partes não podem estar sofrendo qualquer tipo de ameaça ou coação. Devem estar conscientes do que significa esse procedimento e que não estão obrigadas a fazer acordos ou assinar qualquer documento”. (SALES, 2010, p.26)

O princípio da não competitividade dispõe que na mediação não pode ser incentivada a competição, pois o propósito a ser alcançado é que ambas as partes se sintam satisfeitas e contempladas com o consenso atingido.

Já o poder de decisão das partes diz respeito à figura do mediador que somente irá auxiliar o diálogo entre as partes, jamais interferir no poder de decisão que fica restrito às pessoas envolvidas, que encontrarão sozinhas a solução para o litígio (SALES, 2010, p.27).

Conforme visto acima, o poder de decisão é tão restrito às partes que existe o princípio da participação do terceiro imparcial, que trata da imparcialidade do mediador, que não poderá oferecer tratamento diferente para as partes que integram o litígio. A competência do mediador trata da capacitação e preparo técnico do profissional que deverá estar apto a assumir sua função (SALES, 2010, p.27)

Quanto à informalidade do processo, diz respeito a ausência de regras rígidas, pois não há uma forma predeterminada de processo de mediação. Nesse sentido, declara Sales (2010):

A informalidade significa que não existem regras rígidas às quais o processo de mediação está vinculado. Não há uma forma única predeterminada de processo de mediação. Os mediadores procuram estabelecer possíveis caminhos para otimizar as reuniões de mediação. Também alguns passos podem ser estabelecidos para facilitar a organização dos arquivos e a elaboração de estudos a partir de casos reais. (SALES, 2010, p. 27)

Por fim, o princípio da confidencialidade no processo é bem objetivo quanto ao seu significado, pois cuida do sigilo que deverá ser empregado acerca do assunto que está sendo discutido entre as partes no processo de mediação (Sales, 2010, p.28).

Os princípios aqui apresentados garantem que o processo de mediação ocorra de forma satisfatória para ambas as partes, o que não implica necessariamente na celebração de um

acordo, mas que o diálogo seja restabelecido e que os mediados se sintam acolhidos e respeitados.

3.3 DO PAPEL DO MEDIADOR

Para Warat (2004, p.3) o papel do mediador é oferecer amor, incentivar as pessoas a chegarem aonde elas querem estar, estimular a comunicação, o diálogo e o entendimento. Nesse tocante, o autor aponta que as escolas de mediação estão formando profissionais incompletos, pois se preocupam com as técnicas, com rituais, formalidades, boas recomendações e esquecem do principal trabalho dos sentimentos e da sensibilidade.

Já para Sales (2010, p.11) o mediador é o guia da mediação de conflitos, terceiro imparcial que auxilia o diálogo entre as partes com o propósito de modificar o impasse apresentado, reduzindo o sentimento de beligerância e possibilitando que as próprias partes alcancem uma solução apropriada para o litígio.

Com base nesses conceitos, percebe-se que ambos os autores expressam claramente que a solução para o litígio apresentado deve ser alcançada unicamente pelas partes que o compõem, assim, o papel do mediador consiste em auxiliar as partes possibilitando um diálogo pacífico que pode resultar ou não em um acordo.

O papel do mediador pode ser desempenhado por qualquer pessoa capaz, que seja da confiança das partes. No entanto, para exercer com eficiência essa tarefa, deve o mediador ser capacitado para a prática da mediação de conflitos.

No Brasil, tem sido bastante evidente o crescente número de cursos de capacitação para mediadores. Todavia, o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), visando garantir a qualidade da capacitação dos mediadores, aprovou um programa base de capacitação em mediação, que vem sendo adotado por instituições brasileiras.

Vasconcelos (2008), descreve que o CONIMA prevê esse curso de capacitação básica, abrangendo o modo teórico-prático e o estágio supervisionado. Acerca do funcionamento desses módulos, dispõe:

Para o módulo teórico-prático são recomendadas abordagens sociológicas, psicológicas, de comunicação e de direito, conforme os paradigmas contemporâneos. Também estão previstos estudos sobre o conflito, os conceitos, os modelos e as etapas do processo de mediação. O programa também prevê um estudo da função, perfil, postura, qualificação, código de ética do mediador e referências às áreas de atuação, a exemplo da mediação familiar, empresarial, trabalhista,

organizacional, comunitária, escolar, penal, internacional e de meio ambiente. No tocante à carga horária, o CONIMA recomenda para o módulo teórico-prático um mínimo de 60 (sessenta) horas, com frequência de, pelo menos, 90% (noventa por cento). Ao término desse módulo teórico-prático, o aluno deverá receber um certificado de participação, salientando-se o aprendizado de noções básicas de Mediação. (VASCONCELOS, 2008, p.41).

Ademais, o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), foi o responsável por elaborar o código de ética do mediador que representa um compilado de valores expressos em normas e traça as diretrizes essenciais para o desempenho adequado da profissão.

Assim, verifica-se que apesar da possibilidade de qualquer pessoa capaz de confiança das partes, estar apto a exercer a função de mediador, é indispensável a qualificação desse profissional para exercer o seu papel aplicando as devidas técnicas, mas também seguindo aos princípios fundamentais da mediação.

4 A APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO NOS LITÍGIOS FAMILIARES

Ainda que as formas consensuais de resolução de litígios sejam aplicáveis e recomendadas para dirimir vários tipos de controvérsias nas mais diversas áreas, no direito da família verifica-se o maior número de situações e litígios passíveis de solução por meio da mediação/conciliação, haja vista que as relações familiares envolvem questões afetivas e vínculos consanguíneos que necessitam ser preservados, por isso é tão mais benéfico que o problema seja solucionado pela via autocompositiva, pois permite a manutenção/restauração desses laços e a obtenção da paz.

Segundo Scavone (2018), as demandas do direito da família, como conflitos envolvendo pensão alimentícia, guarda, etc., podem, muitas vezes, trazer, de forma oculta, situações afetivas complexas que a jurisdição estatal, a arbitragem (jurisdição privada) e a conciliação não são passíveis de resolver (SCAVONE, 2018, p.299).

Ante a premente necessidade de uma via mais adequada para a solução dos litígios do direito das famílias, e ainda em cumprimento ao princípio da duração razoável do processo, fica mais evidente a necessidade de desjudicialização dos litígios e incentivo à autocomposição.

O próprio legislador expressou essa preocupação quando inseriu o art. 334 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), deixando expressa sua intenção de priorizar os meios autocompositivos na resolução dos conflitos, estabelecendo as audiências de mediação ou conciliação como regra, e não como exceção, regulamentando-as nos parágrafos do artigo citado. Isso mostra o quanto esses métodos de resolução de controvérsias estão sendo valorizados no cenário nacional.

Outra característica das demandas de família que a aproxima da mediação como método mais propício para solucionar seus litígios, é que não existe mais um conceito fechado para denominar a família e os membros que a compõem, pois a ideia de família baseada na procriação e assistência à prole é ultrapassada. Atualmente, a família que se busca fomentar é aquela comprometida em uma união estável, voluntária e cooperativa que cumpre a função de promover e proteger seus integrantes, um organismo solidário.

Esse conceito de família tem sofrido bastantes alterações ao longo do tempo, e atualmente observa-se uma adaptação daquela previsão existente na Constituição Federal para tentar abranger o maior número de situações, acerca destes Carlos Roberto Gonçalves, preleciona:

Há, na doutrina, uma tendência de ampliar o conceito de família para abranger situações não mencionadas pela Constituição Federal. Fala-se, assim, em: a) Família natural ou matrimonial: decorrente do casamento; b) Família informal: decorrente da união estável; c) Família monoparental: constituída por um dos genitores com seus filhos; d) Família anaparental: constituída somente pelos filhos; e) Família homoafetiva: formada por pessoas do mesmo sexo; f) Família eudemonista: caracterizada pelo vínculo afetivo. (GONÇALVES, 2020, p.11)

Desse modo, diante das novas e complicadas relações familiares das quais derivam os mais diversos conflitos, e que em razão das suas peculiaridades necessitam de meios de solução adequado, que favoreça a manutenção do vínculo após solucionado o conflito, que surgiu os questionamentos acerca do melhor método ou técnica de administração de problemas dessa natureza.

Conforme dispõe Sales (2010), o meio adequado para a solução de imbróglis familiares deve, inicialmente, pela compreensão positiva dos problemas, já que nesses casos se pretende resguardar os vínculos. Vejamos:

Para a solução de conflitos familiares, faz-se necessária a possibilidade de diálogo e de escuta – tempo para escutar e tempo para falar. É imprescindível o respeito mútuo, o que muitas vezes, teoricamente, seria impraticável, tendo em vista, em alguns casos, a existência de mágoas profundas e amores mal resolvidos, traições etc. (SALES, 2010, p.105).

A partir desse entendimento, a autora defende que a mediação é o meio mais adequado para a solução de conflitos familiares, visto que trabalha o sentido do conflito, almejando entender o problema, evitando sua super dimensão.

Nessa toada, o Código de Processo Civil incentiva a mediação e a conciliação entre as partes, e para tanto prescreve que “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação” (art. 694 do CPC).

O código prevê que, recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação (art. 695 do CPC).

Assim, pelo dispositivo a audiência de mediação e de conciliação se tornou obrigatória em tais demandas de Direito das famílias, contudo, deve ser analisado caso a caso, pois conforme vistos existem situações que impossibilitam a aplicação da mediação.

4.1 OS DESAFIOS E LIMITAÇÕES DA MEDIAÇÃO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Apesar das vantagens que envolvem a mediação, faz-se necessário observar que nem todas as demandas poderão ser tratadas por esse método, pois há casos específicos que não se mostram passíveis de uma autocomposição. Dentre os quais podem ser vistos os casos que envolvem discrepância de poder entre as partes, relação de desigualdade e ausência de respeito entre as partes, violência doméstica, maus tratos infantis, casos de doenças do foro psicológico ou mental de um, ou ambos mediando que impedem a comunicação e tomada de decisões.

Além das limitações existentes no tocante as partes que poderão se submeter à mediação, tem-se ainda outra preocupação que diz respeito a figura do mediador, pois conforme fora visto a mediação é um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa neutra e imparcial, escolhida ou aceita pelas partes, com técnicas próprias, facilita a comunicação, possibilitando um diálogo pacífico e um acordo satisfatório.

Ocorre que, para exercer a sua função com eficiência, deve o mediador ser capacitado para a prática da mediação de conflitos, tendo em vista o princípio da competência. Posto que, a solução do litígio deve ser encontrada pelas partes, e não pelo mediador, que deverá se manter neutro durante a sessão.

Acerca do papel do mediador, Warat (2004) tece algumas críticas sobre as escolas de mediação que estão capacitando esses profissionais:

A maioria das escolas de mediação estão preocupadas em revelar respostas prontas, formam mediadores ensinando-os a planejar o acordo, como se fossem robôs preocupados com o próprio ego. O pensamento planeja porque quer mandar, quer dominar. O que se deve procurar na mediação não é só a comunicação que é o encontro de palavras, deve se procurar também a comunhão, que é o acordo silencioso entre dois corações, sem palavras, apenas sentimento. (WARAT, 2004, p.4).

Assim, havendo um despreparo desse profissional na devida aplicação do método da mediação, é certo que a sua eficácia restará reduzida, bem como, os resultados serão comprometidos, visto que atingidos pela influência de um terceiro.

A interferência de um terceiro na construção de um acordo pode resultar em prejuízo para ambas as partes, pois se este acordo não reflete a vontade e interesse das partes será dificilmente cumprido.

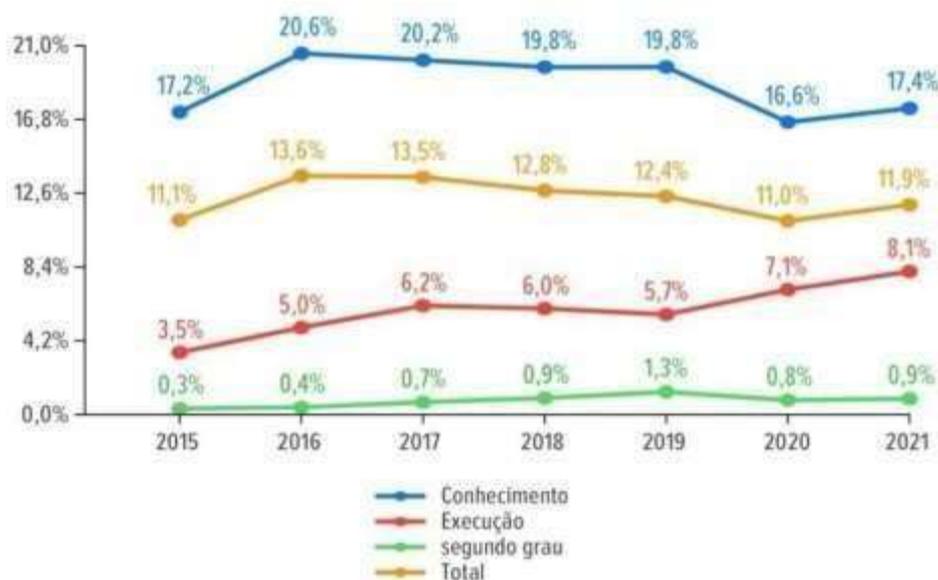
Nesse sentido, em uma entrevista para a Agência de Notícias do CNJ, Ada Pellegrini Grinover (2015), uma das protagonistas para a implantação da Resolução 125 do CNJ, declara:

O futuro da conciliação e da mediação é muito promissor. Mas depende de uma séria vontade política, da disseminação e institucionalização dos Cejuscs pelos tribunais, da capacitação rigorosa e da reciclagem constante de conciliadores e mediadores, de sua profissionalização (que inclui a remuneração) e do abandono de técnicas que, embora adotem o rótulo de conciliação, nada mais são do que métodos de cobrança de dívidas, em que inexistem o verdadeiro diálogo e a decisão informada. (GRINOVER, 2015)

É importante compreender que a utilização desses métodos não são válvulas de escape do judiciário, ou um meio de desafogamento das demandas, pois a eficácia da mediação depende unicamente das partes que irão compor. Logo, de nada adianta usar o termo mediação se as suas técnicas não forem devidamente respeitadas e aplicadas durante as tratativas do conflito, pois na ausência dos requisitos da mediação, o método acaba se tornando mais um instrumento do judiciário e não uma forma independente de tratamento adequado dos conflitos.

Os números divulgados pelo relatório justiça em números de 2022 do Conselho Nacional de Justiça revelam que mesmo com o novo Código de Processo Civil (CPC), que entrou em vigor em março de 2016 e tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, em quatro anos o número de sentenças homologatórias de acordo cresceu em apenas 4,2%, passando de 2.987.623 sentenças homologatórias de acordo no ano de 2015 para 3.114.462 em 2021. Em relação ao ano anterior, houve aumento de 539.898 sentenças homologatórias de acordo (21%) (CNJ, 2022).

Gráfico 3 — Série histórica do índice de conciliação



Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2022. Brasília: CNJ, 2022.

O relatório prevê que a redução vista em 2020, com a retomada gradativa em 2021, possivelmente decorre da pandemia da covid-19, que pode ter dificultado a realização de procedimento de conciliação e mediação presenciais ou das técnicas usuais de construção de confiança e espírito de cooperação entre as partes processuais empregadas em audiências presenciais (CNJ, 2022).

Observado esses dados, é indiscutível que os resultados obtidos com a mediação são muito mais positivos do que negativos, desde que aplicada com seriedade, comprometimento e boa-fé do mediador e das partes, pode resultar em um acordo que satisfaça os interesses dos envolvidos, reduzindo as chances do retorno da lide ao poder judiciário.

Ainda assim, existem muitas barreiras tanto institucionais como pessoais que precisam ser superadas. Segundo Pinho (2022), a primeira barreira institucional diz respeito à desinformação generalizada sobre o cabimento da mediação, seus limites, potencialidades e consequências jurídicas.

A segunda se refere à percepção social da figura de autoridade para a solução do conflito, pois conforme dispõe o autor a sociedade ainda visualiza o juiz como o único capaz de resolver litígios, e outras figuras como os mediadores são vistos com certa desconfiança e falta de credibilidade (PINHO, 2022, p.94).

A terceira barreira institucional está ligada a maleabilidade inerente a mediação, aliada a ideia de que de alguma forma caberá algum tipo de recurso ou medida perante o poder

judiciário, como meio de contestar a providência tomada no âmbito de um método adequado de solução de conflitos.

Conforme preceitua Pinho (2022), as barreiras pessoais são aquelas implantadas pelas partes envolvidas no processo de mediação (PINHO, 2022, p.95). Nesse tocante, o autor recorre aos conhecimentos do ex-Diretor do Centro de Conflito e Negociação da Universidade de Stanford, e ex-Diretor do Program on Negotiation da Harvard Law School (PON), Robert H. Mnookin, que buscou traçar as quatro principais barreiras que impossibilitam o acordo entre os litigantes.

A primeira barreira pessoal identificada por Robert H. Mnookin é a estratégica, que está amparada na barganha, em que cada uma das partes que obter os maiores benefícios em relação ao outro. Nesse sentido, dispõe Mnookin:

Os negociadores devem ter em mente que o processo de negociação deve ser encarado como forma de atingir o máximo de benefícios para ambos os lados, em vez de implicar, necessariamente, perdas para um e ganhos correspondentes para o outro, visto que um negócio bem feito pode potencializar os ganhos de ambas as partes (PINHO, 2022, p.95 apud MNOOKIN, 1993, p. 235-249).

A segunda barreira está vinculada ao alcance de um bom acordo pelo uso de um preposto (agente) para negociar em nome do titular do direito, pois dificilmente esse terceiro dispõe de conhecimento suficiente acerca dos interesses e limitações do seu representado, além de que os ganhos pessoais dependem dos ganhos do seu cliente, o que pode gerar um desvio de interesse (PINHO, 2022, p.97).

A terceira barreira pessoal diz respeito à capacidade cognitiva dos indivíduos de processar informações e lidar com preocupações e inseguranças. Assim, ensina Mnookin:

É da essência do ser humano ter medo de perder; essa insegurança natural leva ao receio de assinar um acordo, sem se dar conta de que, não o firmando, as perdas podem ser potencializadas, visto que a demora levará, normalmente, à opção pela via adjudicatória para que a questão seja finalmente resolvida (PINHO, 2022, p.97 apud MNOOKIN, 1993, p. 235-249).

Por fim, a quarta barreira decorre de um processo meio inconsciente, que consiste na recusa das propostas apresentadas pela outra parte, ainda que seja favorável, muitas vezes a rejeição ocorre por mera desconfiança. Nas palavras de Mnookin:

Há uma tendência de interpretar uma boa proposta do adversário como barganha baseada em informações não compartilhadas no curso do processo negocial; acreditar que o outro negociante quer obter apenas ganhos próprios por meio do acordo, e não que deseja um acordo justo e bom para ambos. Isso causa sensação de

frustração e impotência. Instala-se um processo mental hermético e cíclico, que se desvia do foco e inviabiliza o acordo. (PINHO, 2022, p.97 apud MNOOKIN, 1993, p. 235-249).

Ademais, outra problemática a ser elencada diz respeito aos dados coletados, que se apresentam de uma forma muito genérica, ante a ausência de registros acerca do cumprimento dos acordos celebrados. Desse modo, ainda que as demandas de família possuam características próprias que a tornam tão propícia à mediação, não existe meio de auferir o sucesso dessas demandas, pois a falta de dados catalogados não permite afirmar o grau de efetividade do método.

Assim, tem-se que a mediação ainda precisa superar muitas barreiras, denotando a necessidade de um trabalho conjunto das instituições. Nesse sentido, o CNJ, em parceria com os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemecs) de cada tribunal e os CEJUSC's (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania), deve tornar a mediação mais acessível à população, desenvolvendo campanhas informativas e de esclarecimento ao público, além de atuarem de forma mais concreta na coleta e registro de dados, visando auferir a efetividade do método.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto familiar passou por diversas mudanças ao longo do tempo, alterações decorrentes da necessidade de adaptação às novas mudanças e enquadramento cultural. Um dos marcos mais importantes na superação do antigo e ultrapassado conceito de família foram as alterações promovidas pela Constituição Federal de 1988, no qual fez operar o efeito da constitucionalização do Direito Civil, fazendo valer os princípios no campo das instituições privadas, dentre os quais pode-se mencionar a igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade na construção de famílias, igualdade entre cônjuges bem como dos filhos, solidariedade entre os membros da família, o pluralismo familiar, entre outros.

Nesse sentido, foi visto que os novos arranjos familiares fogem do antigo modelo convencional e atingem uma enorme gama de tipos, e por óbvio provocam fortes impactos sociais, gerando novos tipos de conflitos, nunca vistos, que necessitam de uma tratativa capaz de atender a todas as suas especificidades.

Assim, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe regras especiais no tocante às ações do Direito das Famílias, dentre as quais está o incentivo a mediação e a conciliação entre as partes, determinando que “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação” (art. 694 do CPC).

Ademais, considerando que os novos arranjos familiares e as demandas decorrentes destes resguardam aspectos especiais por tratar de relações contínuas ou continuadas, que envolve vínculos afetivos, a mediação se apresenta como um meio adequado para a solução desses litígios, pois possibilita que as partes, movidas pelo diálogo, encontrem uma alternativa ponderada, eficaz e mais satisfatória para a solução do litígio, visando resguardar os vínculos afetivos existentes.

Por esses moldes, este trabalho pretendeu desenvolver uma análise crítica acerca da aplicação da mediação nas controvérsias familiares perante os novos contextos de família, com a finalidade de averiguar os pontos negativos e positivos da sua aplicação, bem como os desafios da aplicação da mediação nas demandas de família em razão das limitações de cada caso, buscando por fim identificar as possíveis barreiras a serem combatidos na prática da mediação por meio de uma análise doutrinária e normativa.

Para demonstrar a relevância desse debate, buscou-se inicialmente conhecer acerca dos novos arranjos familiares, perpassando brevemente pelas principais demandas dos direitos das famílias e suas implicações dentro dessa instituição. Posteriormente, seguiu-se para uma

análise acerca dos conflitos na visão de Carlos Eduardo Vasconcelos, Pierre Weil e Alberto Warat, para finalmente desembocar no estudo da mediação como meio adequado para solução de conflitos familiares.

Verificou-se com a presente análise que a mediação se apresenta como método mais propício para solucionar litígios dos direitos das famílias, em razão de trazer, na maioria das vezes, de forma oculta, situações afetivas complexas que a jurisdição estatal, a arbitragem (jurisdição privada) e a conciliação não são passíveis de resolver.

Contudo, cumpre observar que nem todas as demandas poderão ser tratadas por esse método, pois há casos específicos que não se mostram passíveis de uma autocomposição, dentre essas situações estão os casos que envolvem discrepância de poder entre as partes, relação de desigualdade e ausência de respeito entre as partes, violência doméstica, maus tratos infantis, dentre outros. Além disso, constatou-se ainda outra preocupação que diz respeito à figura do mediador, pois conforme fora visto para exercer a mediação com eficácia é necessário que o profissional responsável esteja devidamente capacitado.

No entanto, atualmente existem os mais diversos cursos preparatórios de mediação, despertando um alerta para o tipo de preparo que está sendo ofertado, pois em que pese o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), estipule um programa base de capacitação em mediação, se faz necessário um maior acompanhamento dos módulos a serem ministrados para aferir se de fato encontra-se de acordo com as normas previstas pelo CONIMA.

Outrossim, conforme fora visto, ainda existem muitas barreiras a serem ultrapassadas no tocante às questões institucionais, dentre as quais foram vistas a desinformação generalizada sobre o cabimento da mediação, seus limites, potencialidades e consequências jurídicas, a percepção social da figura de autoridade para a solução do conflito, com a baixa credibilidade da figura do mediador e a flexibilidade da mediação, aliada a ideia de que é possível recorrer daquela providência tomada.

Por outro lado, também existem barreiras pessoais que precisam ser melhor trabalhadas, como o obstáculo da barganha, em que cada uma das partes busca alcançar os maiores benefícios em relação ao outro, o uso de um preposto (agente) para negociar em nome do titular do direito, a capacidade cognitiva dos indivíduos de processar informações e lidar com preocupações e inseguranças e a recusa quase que automática das propostas apresentadas pela outra parte, muitas vezes por mera desconfiança.

Sendo assim, constatou-se que a mediação precisa antes de tudo ser melhor propagada para a população em geral, a fim de que sejam prestadas informações esclarecedoras acerca da

sua finalidade, para que não se confunda com um meio alternativo à jurisdição comum. Nesse sentido, é indispensável a atuação do Conselho Nacional de Justiça em parceria com os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemecs) de cada tribunal e os CEJUSC's (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania), para realizarem campanhas informativas e palestras de livre acesso ao público.

Outrossim, existe uma necessidade de catalogar os dados posteriores a realização de um acordo, pois o fato de as partes celebrarem um acordo não implica necessariamente no seu cumprimento, assim, não há como medir a satisfação das partes e se de fato aquele acordo conseguiu solucionar o conflito, ou se apenas postergou o problema.

Por todo o exposto, há muito trabalho a ser feito tanto pelos órgãos reguladores como pela comunidade acadêmica, pois como operadores do direito e estudiosos da mediação, é necessário ter o cuidado e dever de atuar na divulgação do método e antes de tudo na análise crítica do que pode ser feito para melhorar a sua aplicação, visando alcançar uma sociedade mais pacífica e menos litigiosa.

Destarte, o presente trabalho não pretende apresentar soluções para todas as problemáticas aqui expostas, mas tão somente despertar um alerta para essas questões tão relevantes que precisam ser enfrentadas. Desse modo, ainda há muito a se debater acerca do assunto, pois os pontos aqui vistos são apenas algumas das inquietações que a temática suscita, o que merece ser esmiuçado pelos mais diferentes agentes sociais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2006.
- ALVES CARVALHO, Sílzia. A mediação no direito brasileiro: política pública, efetividade e segurança jurídica . **Revista do direito**, Santa Cruz do Sul, dezembro 2021.
- AMARAL, Bruna Kissel. Mediação judicial e sua eficácia nos processos de família. 2022. **Monografias Brasil Escola – Direito**. Disponível em: https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/mediacao-familiar-e-sua-eficacia-nos-processos-de-familia.htm#indice_34. Acesso em: 21 out. 2022.
- ÂNGELA ZANATTA, Michelle. **Mediação de conflitos: os desafios de sua aplicação pela polícia judiciária nos casos de maria da PENHA**. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrado em Direito). Passo Fundo, 2019.
- ARRUDA GONDIM , Thais. **Mediação no direito de família. uma alternativa humanizada de resolução dos conflitos no poder judiciário**. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2006.
- BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BICALHO MUNIZ , Gabriel . **Indenização por abandono afetivo x indenização por ausência do dever de cuidado: análise à luz do direito de família mínimo**. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Faculdade Baiana de Direito. Salvador, 2014.
- BITTAR, E. C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824**. Manda observar a Constituição Política do Imperio, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Registrada na Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes. Rio de Janeiro, em 22 de abril de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 16 abr. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 set. 2022.
- BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 15033, 27 set. 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 16 out. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. **Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, DF, n. 219, p. 1-14, 1º dez.

2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/compilado160204202007225_f186_2fc_c81a3.pdf. Acesso em 24 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015a. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015b. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 29 jun. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Política Judiciária Nacional, NUPEMECs e CEJUSCs. 2022. **CNJ Portal – Programas e Ações**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs/>. Acesso em: 10 out. 2022.

FIUZA, César; COSTA POLI, Fiuza. Famílias plurais o direito fundamental à família. **Revista de Direito Civil Contemporâneo - RDCC (Journal of Contemporary Private Law)**, São Paulo, 2016.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral, Vol. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**: direito de família, Vol. 6. 12. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2022.

GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, Vol. 6**: direito de família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil**: direito de família, Vol. 2. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Cultura da conciliação no Brasil não depende só de leis**. [Entrevista concedida a] Agência de Notícias do CNJ. 25 nov. 2015. Disponível em:

<https://www.desjud.com.br/2015/11/27/cultura-da-conciliacao-no-brasil-nao-depender-so-de-leis-diz-ada-pellegrini/>. Acesso em: 11 out. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo demográfico: famílias e domicílios**, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Coordenação de População e Indicadores Sociais. **Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2016**. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98965.pdf>. Acesso em: 21 set. 2022.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Retrato das desigualdades de gênero e raça: chefe de família**. Brasília: IPEA, 2009. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/retrato/infograficos.html>. Acesso em: 22 set. 2022.

GIBRAN, Kahlil. **O Pequeno Livro da Vida**. Tradução Sandra Martha Dolinsky. 1ª edição. Rio de Janeiro, 2019.

MALUF, Carlos A. D.; MALUF, Adriana C. do R. F. D. **Curso de direito da família**. 4. ed. São Paulo, 2021.

MARACAJÁ RAMOS PEDROSA, Tarsila. **O desafio da mediação no direito das famílias**. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Faculdade Baiana de Direito e Gestão. Salvador, 2015.

OBSERVATÓRIO NACIONAL DA FAMÍLIA. **Fatos e números: arranjos familiares no Brasil**. Brasília: MMFDH, 2015.

PINHO, Humberto D. B. de; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

PINHO, Humberto D. B. D.; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

SAID FILHO, Fernando F. A crise do poder judiciário: os mecanismos alternativos de solução de conflitos como condição de possibilidade para a garantia do acesso à justiça. **Revista da AJURIS, Porto Alegre**, v. 14, n. 142, p. 175-200, jun. 2017.

SALES, Lília M. de M.; **Mediare: um guia prático para mediadores**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

SALLES, Carlos Alberto, LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes, SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Secretaria Nacional da família. Fatos e Números: Arranjos Familiares no Brasil. **Observatório nacional da família**, 2015.

SEVERINO, Antônio J. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Cortez, 2013.

SOARES MACEDO, Geovana. **Novos arranjos familiares e as limitações legais ao conceito de família sob a perspectiva dos princípios fundamentais do direito**. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2020.

TAKAHASHI, Bruno; ALMEIDA, Daldice M. S. de; GABBAY, Daniela M.; ASPERTI, Maria C. de A. **Manual de mediação e conciliação na justiça federal**. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**, Vol. 5. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018.

TAVARES, André R. **Manual do poder judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

VASCONCELOS, Carlos E. de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

WARAT, Luis A. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Boiteux, 2004.

WEIL, Pierre. **A arte de viver e paz: por uma nova consciência, por uma nova educação**. Tradução Helena Roriz Taveira e Hélio Macedo da Silva. São Paulo: Editora Gente, 1993.