

**UNIJUI - UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL**

CLEBER MACIEL TAVARES

MEDIAÇÃO FAMILIAR

CAPA

**IJUI(RS)
2012**

CLEBER MACIEL TAVARES

MEDIAÇÃO FAMILIAR

Monografia final do Curso de Graduação em Direito objetivando a aprovação no componente curricular Trabalho de curso.

UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul.

DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dra. FABIANA MARION SPENGLER

IJUÍ (RS)

2012

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa monográfica realiza uma análise, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, acerca da forma como são tratados os conflitos familiares na forma tradicional, capitaneada pelo Poder Judiciário e sua efetividade em relação ao tratamento dos mesmos com a utilização do instituto mediação. Comenta-se inicialmente os conflitos familiares, abordando-se a família sob a ótica atual, sua importância para a sociedade, o cerne dos mesmos e a forma como são solucionados normalmente. Abordam-se também as formas de tratamento alternativo dos conflitos, como uma complementação ao sistema judiciário a título de torná-lo mais resolutivo. Nesse sentido verifica-se a possibilidade de se utilizar a mediação no âmbito das controvérsias surgidas no Direito de Família, como uma maneira de lhes fornecer um meio mais adequado e eficiente a estas demandas.

Palavras-chave: Poder Judiciário, Efetividade, Direito de Família, Mediação

ABSTRACT

The present monographic research paper makes an analysis, using the hypothetico-deductive method, about how family conflicts are handled in the traditional way, led by the Judiciary, and its effectiveness in relation to the treatment of these disputes with the use of mediation institute. The initial comments are about the family conflicts, approaching the family under the current perspective, its importance to society, the core of the demands and how they are normally resolved. It is also addressed the forms of alternative treatment of the conflicts, as a complement to the Judiciary in order of making it more resolute. In this sense, there is a possibility of using mediation in the context of controversies arising under the Family Law as a way to provide them with a more appropriate and efficient method to solve these demands.

Keywords: Judiciary, Effectiveness, Family Law, Mediation

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 OS CONFLITOS FAMILIARES.....	11
1.1 O Núcleo Familiar Contemporâneo.....	11
1.2 A Importância da Família para a Sociedade.....	14
1.3 Os Litígios Familiares e sua Resolução Tradicional.....	18
2 A MEDIAÇÃO COMO UMA DAS FORMAS ALTERNATIVAS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS.....	26
2.1 Composição Tradicional dos Litígios.....	26
2.2 A Arbitragem e a Conciliação como Meios Alternativos de Resolução de Conflitos.....	31
2.3 A Mediação como Meio de Acesso à Justiça e de Tratamento de Conflitos.....	36
2.4 A Resolução nº 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010.....	40
3 O USO DA MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS ESTABELECIDOS NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	44
3.1 A Dignidade da Pessoa Humana e o Tratamento dos Conflitos Familiares.....	44
3.2 A Falta de Efetividade do Sistema Judiciário na Composição dos Conflitos com Origem no Direito de Família.....	47
3.3 A Mediação como Forma Efetiva de Prestação Jurisdicional nos Conflitos Instaurados no Seio do Núcleo Familiar.....	50
3.4 O Processo de Mediação.....	53
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS.....	59

INTRODUÇÃO

O estudo do tema “Mediação Familiar” requer uma análise aprofundada acerca das razões que levam a aplicação de tal meio compositivo às querelas originadas no seio do núcleo familiar contemporâneo. O problema a ser atacado é verificar se a estrutura e a forma tradicionais do poder judiciário, são aptas a dar uma efetiva prestação jurisdicional aos conflitos estabelecidos no âmbito do Direito de Família.

No intuito de responder o problema acima citado teremos como objetivo geral apresentar a Mediação como meio alternativo, mais efetivo e adequado de tratamento dos conflitos gerados no ambiente familiar. Como objetivos específicos, temos os seguintes: caracterizar a composição do núcleo familiar contemporâneo; analisar a importância da família para a sociedade; identificar os litígios familiares e sua forma de resolução tradicional; descrever a forma como ocorre a composição tradicional dos litígios; identificar os meios alternativos de resolução de conflitos; caracterizar o meio alternativo de resolução de conflitos denominado mediação; explicar o porquê da necessidade do respeito à dignidade da pessoa humana no tratamento dos conflitos familiares; analisar a falta de efetividade do sistema judiciário na composição dos conflitos originados no Direito de Família; e descrever como a mediação pode se consubstanciar na forma mais efetiva de prestação jurisdicional nos conflitos instaurados no seio do núcleo familiar.

O estudo do tema proposto se justifica em primeiro lugar pela notória crise por que passa o poder judiciário para dar as respostas exigidas pela sociedade, quais sejam a maior rapidez na resolução dos conflitos e a efetividade das decisões judiciais. A crise ora citada tem feito surgir ferrenho debate acerca dos meios possíveis de resolvê-la, os quais se resumem principalmente no uso dos chamados meios alternativos de resolução de conflitos, a saber, a conciliação, a negociação, a arbitragem e a mediação. Obviamente que outras medidas de ordem estrutural e administrativa devem ser tomadas para a resolução da crise jurisdicional instaurada no País, contudo estas dependem de viabilização orçamentária.

O incentivo a utilização dos meios alternativos de resolução dos conflitos, consubstancia-se na forma mais racional de otimização do poder judiciário, uma vez que, busca repensar a forma de composição e resolução dos conflitos, através do deslocamento da responsabilidade pela resolução dos litígios, na maior parte daqueles que versam sobre

direitos patrimoniais ou disponíveis, do Estado-Juiz para as partes ou para um terceiro escolhido por elas, gerando, desta feita, uma diminuição da carga de casos levados ao judiciário, tornando o mesmo mais efetivo para as demandas que realmente precisam de sua intervenção e comprometendo também a sociedade a participar de forma mais incisiva na busca de soluções para relações conflituosas surgidas em seu seio.

A busca de soluções para os litígios, através das supracitadas formas alternativas de resolução, denota o crescimento e amadurecimento da democracia que é o esperado de um Estado como o nosso que se diz Democrático e de Direito. Dentre os meios alternativos de composição litigiosa temos como destaque a mediação, foco do presente estudo e forma homogênea de composição de litígios por excelência, digo isto porque, apesar de na conciliação e na negociação a composição também ser homogênea, somente na mediação não ocorre qualquer influência de uma terceira pessoa na resolução do litígio, ficando esta totalmente nas mãos das partes envolvidas, o que a torna também a forma mais democrática de se buscar soluções para as relações conflituosas.

A segunda razão para justificar o presente estudo está afeta ao fato de que a forma tradicional compositiva dos litígios, baseada na relação heterogênea Juiz-partes, não tem se mostrado suficientemente efetiva para grande parte dos casos levados a si, sendo principalmente menos efetiva ainda nos casos de família, pois nestes a lógica do Juiz dizer o direito, definindo ganhador e perdedor da demanda, não tem colocado fim aos litígios, mais sim marcado apenas o início de longas e dolorosas disputas judiciais, como principalmente nas questões relativas ao estabelecimento das pensões, bem como nas suas revisões, relativas à divisão dos bens, relativas à definição da guarda e do direito de visitas, que praticamente racham o ambiente familiar, tornando pessoas que partilharam uma vida em comum nutrida pelo afeto em adversários e até mesmo em inimigos.

As relações conflituosas surgidas no âmbito do Direito de Família, não podem ser levadas apenas sob a égide da letra fria da lei, pois tratam-se de conflitos humanos com forte teor emocional e afetivo. Na maioria dos casos os casamentos e uniões estáveis desfeitos deixam filhos, os quais, apesar de desejarem em seu âmago que seus pais não se separem, desejam mais ainda continuar com a convivência e o vínculo afetivo com os mesmos e não permanecer no meio de uma eterna guerra pela posição de supremacia pós – separação, pois o vínculo conjugal ou convivencial pode se encerrar, contudo o vínculo entre pais e filhos é

eterno. Na prática falta a sensibilidade, por parte dos operadores de direito que labutam no Direito de Família, para lidar com os casos surgidos nesta área, uma vez que é mais saudável para a família em dissolução o incentivo pela busca do diálogo perdido, trabalhado se possível num ambiente interdisciplinar com o apoio de profissionais de outras áreas como psicólogos e terapeutas, de modo que ela mesma possa construir a solução mais adequada ao seu caso, e não o que ocorre na maioria das vezes que é a busca pela postura adversarial engendrada pelos advogados das partes e a falta de disposição conciliatória dos magistrados.

Na esteira do que foi dito até o presente momento, denota-se que a mediação, por suas características de busca do diálogo entre as partes, não interferido por terceiros, exceto para o restabelecimento do diálogo e a manutenção do mesmo, objetivando que as mesmas, de forma consensual, cheguem ao acordo necessário à melhor saída ao o conflito estabelecido e para o prosseguimento de suas vidas, apresenta-se como a forma ideal de composição para os conflitos gerados no ambiente familiar. É de relevância ressaltar ainda que a mediação visa quebrar a lógica ganhador-perdedor, presente no sistema jurídico, pois, como já dito, trabalha a busca da solução via consenso, trazendo a lógica do ganhador-ganhador, baseada na jurisconstrução¹ do litígio estabelecido pelas partes, o que garante que as partes continuem dialogando no prosseguimento de suas vidas e que muitos conflitos familiares dirijam-se para o judiciário e lá se arrastem por anos a fio, causando verdadeiro martírio para as famílias envolvidas.

Por todo exposto, o estudo do tema proposto, mostra-se de importante relevância, na medida em que, além de se tratar de uma forma de enxugamento da máquina judiciária, pois o uso da mediação nas questões conflitivas surgidas no ambiente familiar pode impedir que estas sejam direcionadas a mesma, trata-se também de se preservar a família, instituição de extrema importância para a sociedade, tendo em vista que tornam mais fáceis e menos traumáticas as separações, bem como as necessárias transições para o prosseguimento das vidas dos membros das famílias envolvidas.

Para que possamos atingir o propósito do presente trabalho que é apresentar o instituto da mediação como uma forma mais adequada de se tratar as controvérsias familiares, utilizaremos uma pesquisa do tipo exploratória, na qual realizar-se-á um delineamento e

¹ Neologismo criado por Bolzan de Moraes no livro “mediação e arbitragem”.

coleta de dados em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e na rede de computadores. O método de abordagem será o hipotético-dedutivo, ficando o mesmo estruturado em três capítulos, os quais serão sumariamente descritos a seguir.

O primeiro capítulo versará sobre os conflitos familiares, procurando caracterizar os mesmos, mostrar a importância da instituição família para a sociedade e analisar a forma como são tratados tais conflitos tradicionalmente. Neste capítulo será caracterizada a família atual, uma vez que tal medida é de extrema importância para o entendimento acerca da necessidade de tratamento diferenciado pela justiça dos litígios nela surgidos. Serão analisados ainda os tipos de demandas originadas, pois a partir destas ficará bem delineada a peculiar área de trabalho englobada pelo Direito de Família, na qual o principal bem a ser tutelado é o ser humano. Finalmente, abordar-se-á a maneira pela qual são solucionadas as lides familiares pelo sistema judiciário tradicional.

O segundo capítulo abordará a questão afeta às formas compositivas de litígio. Neste capítulo serão analisadas tais formas, verificando-se inicialmente a tradicional, capitaneada pelo Poder Judiciário, em segundo lugar, já entrando nas chamadas formas alternativas, a arbitragem e a conciliação e em terceiro lugar, com maior grau de importância por constituir-se no cerne do presente trabalho, a mediação. Este capítulo almeja principalmente mostrar que o sistema de jurisdição normalmente aplicado padece de grave crise e necessita de soluções para sair da mesma. É neste sentido que são apresentados os já citados meios compositivos alternativos, pois estes podem se constituir numa boa válvula de escape para o Poder Judiciário, a fim de que o mesmo possa se concentrar naqueles casos que realmente merecem sua atenção. Encerrando o capítulo em questão serão tecidos comentários acerca da relevante atitude do Conselho Nacional de Justiça com a promulgação da resolução nº 125, a qual regulamenta a utilização da mediação para a composição de litígios, mostrando a importância que tal meio compositivo tem ganho em nosso ordenamento jurídico.

O terceiro capítulo, que fecha o presente estudo, trabalhará, de forma mais incisiva, a utilização da mediação na solução das controvérsias familiares. A abordagem realizada pautar-se-á pela análise das razões da falta de efetividade do tradicional sistema de jurisdição estatal no trato das questões de família. Tal análise visa mostrar o porquê do Direito de Família ser um ramo diferenciado nas ciências jurídicas, conduzindo-se à idéia de que o instituto da mediação será o mais adequado para tratar tais lides. Concluindo o presente

trabalho será apresentada uma forma de aplicação da mediação na resolução de um litígio familiar.

1 OS CONFLITOS FAMILIARES

O desenvolvimento do tema “Mediação Familiar”, objeto do presente trabalho monográfico, requer uma análise acerca do ramo do Direito de Família e da forma de composição dos conflitos originados em seu seio. Para se melhor abordar o tema proposto, deve-se analisar a instituição família, verificando-se suas origens, sua conformação atual, sua importância e papel social e, por fim, os conflitos nascidos em seu âmago, bem como a forma como são abordados pelo Estado. Neste diapasão, este capítulo abordará os assuntos supracitados a fim de iniciar o estudo acerca do problemático contencioso familiar.

1.1 O núcleo familiar contemporâneo

O correto entendimento da instituição família nos dias atuais, deve passar por uma análise sobre a origem da família. No que tange ao surgimento da instituição família, Belmiro Pedro Welter (2009, p. 33), faz relevante comentário, que mostra a preferência histórica pelo patriarcalismo na formação da família:

É repudiada a possibilidade de ter existido um lar comunista, governado pelas mulheres, defendendo-se a teoria patriarcalista da origem da família. O patriarcalismo, caracterizado pela monogamia e pelo (pré)domínio do homem sobre a mulher, foi ressaltado nas legislações antigas – Legislação Mosaica, Código de Hamurabi e Código de Manu -, todas elas com cunho religioso, que sustentavam a autoridade do marido sobre a mulher, do pai sobre os filhos e do senhor perante seus servos. Essa questão foi deixada bem clara por Fustel de Coulanges, de que a superioridade do marido sobre a mulher, do pai sobre os filhos e do senhor sobre seus servos “derivou da religião e por esta foi estabelecida: não foi, pois, o principal elemento constitutivo da família”, impondo o modelo patriarcal e monogâmico de família, para que o culto aos antepassados não fosse perturbado pelo adultério e pela conseqüente contestação da paternidade, isso porque “a primeira regra do culto está em o lar se transmitir de pai para filho”.

A tradição patriarcal da família se estendeu ao longo da história, concedendo-se total poder ao homem para quaisquer decisões acerca dos rumos da família, não havendo espaços para participação de esposa e filhos. No Brasil não foi diferente, como podemos observar no destaque de Welter (2009, p. 41), que retrata a concepção de família nos primórdios de nossa colonização:

Desde o descobrimento do Brasil, historia Gilberto Freyre, a discriminação dos membros da família, principalmente mulher e filhos, era fato corriqueiro na Casa-Grande e na Senzala. A mulher branca, por exemplo, era destinada ao casamento; a mulata, ao sexo, e a negra, ao trabalho, demonstrando o preconceito impuro do

homem. As moças eram criadas em ambiente rigorosamente patriarcal, vivendo “sob a mais dura tirania dos pais – depois substituída pela tirania dos maridos”. Momento seguinte, o autor relata que os homens não gostavam de casamentos longos, mas de se amasiar, se concubinar, o que era facilitado pelas leis portuguesas, que proibiam o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento.

No decorrer dos anos, passadas as fases colonial, imperial e republicana, pouca coisa mudou na forma de se visualizar o núcleo familiar, permanecendo o forte poder do homem e a discriminação de mulher e filhos, tendo nossa legislação forte influência religiosa, notadamente da religião católica, que por muito tempo era declaradamente oficial no Brasil, o que conferia ao casamento a perenidade, uma vez que só podia ser desfeito em casos extremos, e considerava apenas aquele celebrado religiosamente como válido.

Atualmente, o que se observa é que não existe mais o rigor de outrora no desempenho dos componentes da família no desenvolvimento de seus projetos de vida, mas sim uma atuação conjunta dos mesmos visando o crescimento da entidade familiar. Deste modo, na sociedade contemporânea não se observa mais o domínio do chamado chefe de família, como destacado por Marli Beatriz Moura Stangherlin (2007, p.15):

Na sociedade hodierna não existe mais divisão de funções entre os membros da família; eles desenvolvem suas aptidões e expandem suas potencialidades visando o bem comum do grupo familiar. A relação familiar atual é centrada no amor e não na hierarquia e na dominação prepotente. Consequentemente, este progresso faz com que o Estado procure ajustar a legislação a fim de disciplinar as novas demandas familiares.

Importante ressaltar ainda, na esteira do acima descrito, os princípios basilares do modelo atual de família, como observa Stangherlin (2007, p.17):

O atual modelo contemporâneo de família está caracterizado por dois princípios básicos, sendo a liberdade e a igualdade. A partir disto se constata uma posição de respeito entre os cônjuges e maior afetividade entre pais e filhos, bem como se evidencia a substituição da hierarquia e autoritarismo pelo companheirismo e diálogo.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, romperam-se os laços entre religião e direito, ocorrendo a necessária laicização, que consubstancia-se em pressuposto fundamental para a evolução de um Estado Democrático de Direito. A citada Constituição, chamada de cidadã, democratizou o instituto família, positivando o desenvolvimento da família em um ambiente livre de discriminações e igualitário em direitos e deveres. O trecho abaixo descrito, extraído da obra de Welter (2009, p. 46), ilustra o que foi dito:

Com o advento da Constituição cidadã, formou-se um novo tempo constitucional, em que as discriminações e violências contra a mulher e os filhos foram afastadas, parcial e formalmente, mas não de forma material, pelo que há ainda um longo caminho a ser percorrido até a compreensão da família tridimensional. Isso quer dizer que ainda é eminentemente lenta a laicização, a democratização, a humanização e a condição humana tridimensional, devido à resistência do ser humano em suspender os preconceitos violentos, espúrios e i-mundos legados pela tradição histórica. Por isso, a condição de possibilidade da compreensão do direito de família é conhecer a tradição histórica, em que o seu contexto é marcado por discriminação, hierarquia, intolerância e violência, as quais devem ser substituídas pela linguagem democrática, laica, republicana e constitucional.

Na esteira do acima exposto, Stangherlin (2007, p.16), relata o seguinte:

Além disso, a CF/88, em seu artigo 226, parágrafos 2º, 3º, 4º e 5º, vem aprovar o desenvolvimento da família, ao explicar que a união pode ser estável, religiosa ou civil e também ao sancionar que os mesmos direitos e deveres referentes à união serão exercidos tanto pelo homem como pela mulher.

Welter (2009, p. 164-165), na obra citada até o presente momento, defende que, para uma melhor compreensão e aplicação do Direito de Família na atualidade, o ser humano deve ser tratado sob três óticas a saber, quais sejam, a genética (afeta a parte biológica), a afetiva (ligada ao relacionamento interpessoal) e a ontológica (modo como o ser humano compreende a si mesmo). O tratamento do ser humano em sua tridimensionalidade atinge o objetivo proposto pela Constituição Federal de 1988, que é o da valorização da dignidade da pessoa humana, o que reflete sobremaneira no modo de se conceber a família na atualidade, concebendo-a num ente que deve pautar seu relacionamento interno na dignidade da pessoa humana, rompendo com um passado de discriminação e intolerância. Em consonância ao citado, o autor afirma que:

A constituição não deve ser compreendida como uma mudança, e sim como uma revolução constitucional e hermenêutica, uma vez que a mera mudança do pensamento dogmático não será capaz de remover todos os açoitamentos do passado e descobrir a correspondência entre passado, presente e futuro da família. É preciso vislumbrar, em cada artigo do texto constitucional, as violências do passado, presente e a expectativa da não-reificação dessas tristes lembranças no futuro. Essa Magna Carta será compreendida pela tridimensionalidade humana se forem afastadas as condutas preconceituosas do passado, ainda pendentes no presente, mas que também podem manifestar-se no futuro, caso não sejam revistos, efetivando-se uma fusão de horizontes e uma compreensão histórica da tradição. Pela leitura gadameriana, a tradição não é simplesmente um acontecer que se aprende a conhecer e a dominar pela experiência, e sim uma linguagem, que fala por si mesma, sendo o que torna possível a liberdade do conhecer.

Em consonância ao exposto até o presente momento, as uniões conjugais da atualidade não são estabelecidas, pelo menos na grande maioria dos casos, com base em questões

patrimoniais, mas sim com base na parte emocional. Atestando tal afirmação Eliana Riberti Nazareth (2009, p. 13), assim mostra seu entendimento:

Observa-se a intensificação de um quadro, já esboçado no começo do século XX, em que a realização pessoal e sexual passa a ser um valor a ser conseguido. A escolha do parceiro passa a se dar pelo aspecto emocional e não mais pelo patrimonial. Diminui drasticamente o apego às tradições. Aumentam, no imaginário social, os espaços para uniões não-eternas e para a busca da felicidade dos indivíduos. Com isso, aumenta também o número de divórcios e recomposições familiares.

A autoridade paterna, antes inquestionável e una, é esmaecida, e uma nova autoridade, mais dividida entre os genitores e horizontalizada estrutura-se.

A família contemporânea, como já descrito, não foca-se mais na pessoa do pai, mas sim na igualdade de direitos e deveres na condução do ambiente familiar por homem e mulher. Deste modo, o formato de família tradicional, fortemente influenciado pelo patriarcalismo e pelos ditames da igreja, não se amolda à conformação dada pela constituição atual, uma vez que a mesma reconhece também como entidades familiares aquelas formadas através da união estável entre homem e mulher e as formadas apenas por um dos pais e seus descendentes, rompendo assim com o estereótipo anteriormente dado de que família e casamento eram sinônimos. Por fim, temos que a família na atualidade calca-se na relação de afetividade e cumplicidade estabelecida entre seus membros e não mais, como em outrora, em rigores formais, religiosos e patrimoniais, devendo, antes de tudo, pautar suas relações internas no respeito mútuo, a fim de consubstanciar-se em espaço social adequado ao cumprimento da função que Estado e sociedade esperam dela conforme será visto no próximo tópico.

1.2 A importância da família para a sociedade

Além da igualdade e não discriminação, a família deve ser uma entidade na qual se propicie o pleno desenvolvimento da personalidade humana, respaldado pelo respeito a dignidade da pessoa humana, vindo daí a sua importância como instituição tutelada pela Constituição. Na esteira do que foi dito, Sumaya Saady Morhy Pereira (2007, p. 88), destaca a importância da família:

A família passa a ter papel funcional: servir de instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana. Não é mais protegida como instituição, titular de interesse transpessoal, superior ao interesse de seus membros, mas passa a ser tutelada por ser instrumento de estruturação e desenvolvimento da personalidade dos

sujeitos que a integram. Merece a tutela constitucional, como lugar em que se desenvolve a pessoa, em função da realização das exigências humanas.

Outro aspecto importante a se ressaltar acerca da entidade familiar na atualidade, diz respeito à flexibilidade dada pelo legislador ao conceito de família, não se entendendo mais, como no passado, a família constituída apenas pela união entre homem e mulher pelo casamento, mais sim buscando a valorização da afetividade e do cumprimento do papel funcional descrito acima. Embasando o ora discorrido, Pereira (2007, p. 88), ressalta o seguinte:

Por outro lado, a própria noção de unidade familiar assumiu nova dimensão. Abandonou o conceito formal para adotar conceito flexível e instrumental que reconhece como família outras comunidades afetivas não constituídas pelo casamento e mesmo comunidades materialmente separadas, desde que mantenham como objetivo a função social à qual se destinam.

Unidade familiar não significa, portanto, nem unidade de modelo familiar, pois a Constituição tutela diversas formas de entidades familiares, nem indissolubilidade do casamento. Cada modalidade de família tem, na finalidade comum, sua própria noção de unidade.

O núcleo familiar é, portanto, de suma importância para a estruturação e funcionamento da sociedade, pois este constitui-se no primeiro espaço social de convivência humana, onde a pessoa terá sua personalidade formada, ou seja, é a partir da família que se forma a sociedade, vindo daí a famosa expressão que diz ser a família a “célula máter” da sociedade. É no interior do ambiente familiar que o ser humano aprende o que é certo e errado e onde este recebe as noções do viver em sociedade, sendo este espaço responsável pelo desenvolvimento social, pois nele são passados os valores e costumes que irão definir como a pessoa ali formada se comportará perante a sociedade.

A consecução da missão da família, deve pautar-se pelo respeito a dignidade da pessoa humana, uma vez que, apesar desta ser tutelada constitucionalmente em virtude da sua vital importância social, ela não é totalmente autônoma na sua convivência porque, antes da questão coletiva da família, vem a parte individual. Não se deseja, por parte do Estado, uma intervenção corriqueira no ambiente familiar, contudo quando este é falho em suas atribuições de respeito à dignidade humana de seus membros, o Estado deve intervir, pois quando não existe o respeito aos direitos fundamentais do homem no seio da família, esta está deixando de cumprir seu papel social. Desta forma, o ente família é fundamental para a sociedade, mas

antes dele deve vir à tutela de cada um dos indivíduos que compõe a família. Atestando o ora exposto Pereira (2007, p. 94), faz importante comentário:

Mas por outro lado a compreensão do porquê da tutela constitucional da família e a justificativa da intervenção do Estado na comunidade familiar não pode se satisfazer tão-somente com a afirmação da necessidade de tutela da pessoa sem que se enfrente o problema de delinear qual o papel global da pessoa na família, isto é o problema de definir de que forma a pessoa se apresenta na família sendo titular de direitos – principalmente do direito à sua própria realização pessoal – e simultaneamente co-responsável (solidariamente) pela construção de um “lugar-comunidade” onde também se respeite o desenvolvimento da personalidade dos outros integrantes da mesma comunidade, tornando efetivamente possível a vontade espontânea de plena comunhão de sentimentos, de vida e de história.

O ordenamento jurídico pátrio, tutelou constitucionalmente a família, em virtude desta, como já dito, ser responsável pela formação e desenvolvimento da personalidade dos seus integrantes. Como a importância da família reside na personalidade dos seus membros, esta atingirá seus objetivos enquanto lugar-social de respeito e tutela aos direitos individuais fundamentais de cada um de seus membros. Não se quer dizer com isto que se deva descambar para o individualismo, pois há que existir no seio da família o respeito mútuo a dignidade da pessoa humana, traduzindo-se assim a família em democrática, livre e solidária, com cada membro tendo a consciência de sua importância para um todo familiar mais homogêneo em direitos e deveres. A idéia ora tratada, pode ser complementada pelo trecho abaixo transcrito, de Pereira (2007, p. 99):

Localiza-se assim o personalismo que reconhece a superioridade do valor do ser humano (axiologicamente superior ao Estado), mas que, ao elevar o valor de dignidade da pessoa em si mesma, não o abstrai do valor de humanidade presente em todas as pessoas indistintamente. Coloca-se em relevo a promoção da dignidade da pessoa humana, mas inserida no objetivo maior da promoção do bem de todos, com a redução das desigualdades, em uma sociedade que se quer justa e solidária.

Ainda tratando-se de personalidade, temos que a mesma é observada sob dois aspectos distintos, consoante o entendimento do Direito Civil, conforme explanado por Pereira (2007, p. 100):

Assim, a personalidade, no âmbito do Direito Civil, passou a ser considerada em dois aspectos setoriais. No primeiro, do ponto de vista estrutural, tem-se a personalidade como capacidade, habilitando o ser humano a assumir a titularidade das relações jurídicas, integrando na estrutura dessa relação a posição de elemento subjetivo, isto é, no papel de sujeito de direito. Sob o segundo aspecto, tem-se a personalidade como conjunto de atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. Esses atributos que se

irradiam da personalidade, tidos como inerentes e indispensáveis ao ser humano, são considerados, em si mesmos, bens jurídicos dignos de tutela privilegiada

Percebe-se mais uma vez, que a personalidade, observada como o conjunto de atributos do homem, constitui-se, por força do princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, em um direito, porquanto se observa nos dispositivos constitucionais afetos à família, com vários dispositivos que protegem o indivíduo em si, como por exemplo a proibição de violência e qualquer discriminação, bem como as garantias a saúde, lazer, cultura e convivência comunitária salutar. Desta feita, a proteção a dignidade da pessoa no ambiente familiar, abrangida pela Constituição Federal de 1988, reflete a importância dada pela mesma à Tutela do desenvolvimento da pessoa no seio da família, tornando-se esta, foco de proteção constitucional, se respeitar no âmbito de suas relações internas os direitos de personalidade de cada um de seus membros. No sentido do ora abordado, Pereira (2007, p. 107), traz o seguinte comentário:

No âmbito das relações familiares, são ainda maiores os argumentos favoráveis à aplicação imediata dos direitos fundamentais, considerando a peculiaridade do tratamento dispensado pela Constituição Federal à proteção da família. No Capítulo VII, do Título VIII (“Da Ordem Social”), a Constituição não apenas apresentou novo perfil às entidades familiares mas, principalmente, reforçou os princípios e direitos fundamentais enunciados nos títulos I e II, o que nos permite afirmar também o caráter fundamental dos direitos inseridos, expressa e implicitamente, nos artigos 226 e seguintes da Constituição Federal.

A valorização dada à família em nosso ordenamento jurídico deve estar atrelada aos direitos fundamentais e a valorização da pessoa humana, pois, desta forma a entidade familiar realizará sua função precípua de formar a personalidade do ser humano, devendo para isso pautar sua condução no respeito recíproco entre seus integrantes, em um ambiente de coresponsabilidade na condução do núcleo familiar e de plena comunhão de vida. A citada correlação entre direitos fundamentais e família, o que deve ser atestado no âmbito das relações familiares, é a concepção que deve pautar o Direito de Família atualmente, pois esta reflete o objetivo da nova ordem jurídica nacional estabelecida a partir de 1988. Em conformidade com o citado, Pereira (2007, p. 126), afirma que:

Priorizando a concepção do Direito de Família sob a ótica funcionalista, pode-se localizar a importância da atuação dos operadores do direito não apenas para ajustar as relações entre os membros da família quando a comunidade familiar se rompe mas, concomitante com essa função de ajuste, ressaltar a relevância de buscar mecanismos capazes de atender a duas outras importantes funções: (1º) apoiar a condução autônoma dos assuntos da família (sempre que as regras acordadas internamente no grupo familiar refletirem real liberdade de escolha dos membros do

grupo) e (2º) proteger as pessoas envolvidas nas relações familiares contra possíveis prejuízos a seus direitos fundamentais dentro da própria família.

A importância do núcleo familiar está bem delineado na Constituição, bem como a tutela da proteção a dignidade da pessoa humana, baseando-se na tutela dos direitos fundamentais do indivíduo para promover o desenvolvimento de sua personalidade da forma mais saudável possível, a fim de fazer com que a família, em suas relações interpessoais, seja um ambiente de proteção ao desenvolvimento do ser humano, possibilitando que este se torne um cidadão comprometido com a sociedade, ciente dos seus direitos, mas principalmente dos seus deveres. A nova concepção de família e do Direito de Família, tratados até o presente momento, deve estar intrincada nas lides jurídicas, através da ação dos operadores de direito, para que se consiga tornar a formalidade legal em eficácia material, pois a realidade brasileira está longe de possuir entidades familiares conscientes de seu papel no desenvolvimento do país como formadoras do ser humano e de espaços sociais multiplicadores do ideal de respeito à dignidade da pessoa humana. Pereira (2007, p. 127-128), faz importante comentário que embasa o ora exposto:

A proclamada igualdade entre os sujeitos integrantes de união afetiva ainda está longe da realidade vivida por muitas famílias brasileiras. Apenas para recorrer a dado concreto, pesquisa realizada pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) revela que no ano de 1999, somente na Região Norte do Brasil, foram registradas em delegacias especializadas mais de trinta e quatro mil ocorrências relatando violências contra mulheres. A pesquisa destaca que o risco de uma mulher ser agredida em casa é “nove vezes maior do que na rua” e que o efeito dessa violência afeta diretamente as crianças e os adolescentes, seja pelo aspecto psicológico, seja pelo fato de que, sujeita à violência, a mulher não tem condições de proteger os filhos. É muito provável ainda (aliás praticamente certo) que esse índice de violência doméstica contra mulheres seja muito superior ao apontado na pesquisa, levando-se em consideração que o número de delegacias de atendimento a mulheres, de acordo com dados do Ministério da Justiça, não cobrem nem 10% dos municípios do país, sem esquecer também que muitos casos de violência doméstica permanecem velados e dificilmente chegam a ser apurados (ou nem sequer conhecidos) pelo poder público.

Encerrada a análise acerca das origens da família e da sua importância social, o presente capítulo será concluso com a análise afeta aos conflitos familiares e a forma como são abordados atualmente pelo Poder Judiciário, no tópico seguinte.

1.3 Os litígios familiares e sua resolução tradicional

Apesar de uma parte dos conflitos familiares versar sobre assuntos patrimoniais, estes não são os que, de uma maneira geral, causam os maiores problemas nas famílias em

crise que procuram o judiciário, obviamente que não deve-se entender aqui por incluso nos assuntos patrimoniais aqueles relacionados às prestações alimentícias, uma vez que estas são lides que envolvem necessidades de subsistência e/ou educação da pessoa que as recebe, mas sim apenas aqueles relativos à divisão dos bens do casal, e sim os assuntos de cunho afetivo. São as rugas, brigas, infidelidade e a violência doméstica, que, por exemplo, dão o tom devastador no fim das uniões conjugais, pondo em risco a parte mais frágil e sem qualquer culpa que são os filhos (principalmente se menores). Desta feita, os conflitos familiares são originados pela ruptura do vínculo conjugal, quer seja pelo divórcio ou pela dissolução de união estável.

O racha no seio da família, provocado pela separação, causa mudanças abruptas nos relacionamentos interpessoais familiares, trazendo a tona, a complexidade da situação de crise instaurada no ambiente familiar por tal fato. A família em separação, deve ter atenção especial na condução de todo o processo, observando-se as diversas formas de reação de cada membro dela, de modo que tudo transcorra da forma menos traumática possível. O texto citado abaixo, de Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira (2011, p. 70), ilustra o ora comentado:

Em situações de crise, a estrutura da família fica abalada, o que implica dizer que a dor de um aparecerá, sob diferentes formas, como dor, nos outros. A família sofrerá mudanças em sua dinâmica relacional e precisará mudar a qualidade de suas relações. O equilíbrio emocional de seus membros será afetado, as pessoas ficarão fragilizadas, tenderão a regredir, emocionalmente, e seus impulsos tenderão a exacerbar-se.

Numa separação, uns familiares podem reagir com mais tranquilidade, outros podem desesperar-se; um pode ficar deprimido, outro pode ficar enraivecido; uma criança pode começar a ter problemas escolares; um adolescente pode mostrar-se revoltado em circunstâncias que, aparentemente, não guardam nenhuma proximidade com a situação. O sistema de significados da família começa a ser questionado. Tudo precisará ser reorganizado.

No sentido do exposto acima, Nazareth (2009, p. 17), faz relevante comentário acerca dos efeitos do rompimento da união conjugal:

A partir dos anos 80 começa a surgir com vigor a idéia de que o divórcio era “a” saída para uma relação infeliz. Com os movimentos sociais de valorização da realização individual, com a independência econômica, social e pessoal cada vez maior da mulher e outros fatores, o número de separações aumentou vertiginosamente.

Hoje, vários anos depois, como comprovam as pesquisas, vê-se que, o que se pretendia com o divórcio, isto é, maior e melhor realização pessoal e individualização, nem sempre acontece. Pelo menos não como consequência direta, ou seja, relação infeliz levando ao divórcio que, por sua vez, leva à felicidade.

Toda separação tem conseqüências que provocam muita turbulência em todos os envolvidos. Mesmo aquelas separações desejadas, as que ocorrem depois de anos de insatisfação e sofrimento, trazem, ao lado da sensação de alívio decorrente de algo penoso que se acaba, sentimentos intensos de solidão, vazio e raiva, caracterizando um estado que se costuma chamar de síndrome pós-divórcio.

A quebra da união conjugal, consoante ao transcrito acima, é a gênese de todos os possíveis conflitos surgidos a partir desta, como por exemplo, as infundáveis discussões acerca do estabelecimento da guarda e das prestações alimentícias. A forma como se conduzirá o processo de separação, irá repercutir positivamente ou negativamente no desenvolvimento psicossocial dos filhos resultantes da união que está em desfazimento, recaindo imensa responsabilidade nos ombros dos profissionais, notadamente de direito, envolvidos em tal processo. Em decorrência da já citada complexidade comportamental deflagrada pelo rompimento conjugal e, tendo em vista a proteção à parte mais frágil, a saber os filhos menores, necessário se faz desenvolver um trabalho interdisciplinar na condução do litígio estabelecido, pois os operadores de direito não possuem geralmente, a capacitação desejável para lidar com todas as nuances do comportamento apresentado pelos envolvidos na crise estabelecida. No sentido do ora tratado, Cezar-Ferreira (2011, p. 71) assevera que:

O compromisso da família, enquanto instituição jurídica, não é tão difícil de ser desfeito; difícil é desfazer seu comprometimento como unidade psicoafetiva, porque, como tal, o elo não se desprende tão facilmente sem deixar atrás de si um rastro de prejuízos emocionais.

O fato de a família desestruturar-se momentaneamente, todavia, não significa que vá ficar destruída ou seriamente prejudicada. A separação também pode representar desafio e oportunidade para crescimento pessoal de seus elementos. Nem sempre, porém, isso é possível sem ajuda externa; frequentemente, não o é.

Esse é um momento em que os membros da família necessitarão de todo o auxílio possível da rede social, desde a família extensa até os profissionais que, em função de ofício, entrem em contato com eles, nessa situação.

Daí pensar-se na interdisciplinaridade entre Direito e Psicologia, como ciências a serviço da família, na Justiça.

Outro aspecto que merece destaque ao se analisar a problemática da separação de casais com filhos é o de que esta não põe fim à família, como poderia se aduzir em tempos passados devido à estreita relação entre casamento e família, mas sim a modifica, determinando uma reestruturação da mesma, uma vez que a relação de conjugal estabelecida entre o casal termina, contudo os vínculos afetivos com os descendentes são perenes. O trecho em destaque de Nazareth (2009, p. 14), bem ilustra o ora descrito:

Passa a existir, a partir da separação, uma nova configuração familiar. A estrutura do sistema muda, podendo até, mulher e homem recasarem-se, mas a família enquanto organização mantém-se. As atribuições dos pais, ainda que separados, permanecem.

O compromisso dos filhos permanece. A responsabilidade de todos pela qualidade da relação afetiva, mesmo que proporcional às idades, funções e hierarquia dos membros, permanece.

O que se desfaz é o casal. Em outras palavras, a conjugalidade rompe-se, porém a parentalidade e a tutelaridade persistem.

É por isso que dizemos que uma separação não acaba com a família, mas a transforma. (grifo do autor)

Conforme disposto acima, a separação do casal, determina uma reorganização da família. Esta transformação enseja o surgimento de uma complicada fase de transição, onde, surgem, nos ex-cônjuges, sentimentos de culpa, remorso, perda, chegando até, em algumas situações a um estado depressivo. O sofrimento por que passam os pais repercute incisivamente nos filhos menores, tornando-os as principais vítimas, pois sua convivência familiar é abruptamente modificada pela separação, uma vez que seus pais não estarão mais juntos, cabendo, na maioria dos casos, aos filhos a decisão de com quem irão morar, ficando ainda nestes momentos sob pressão com a campanha iniciada pelos pais para definir a questão da guarda. Segundo Nazareth (2009, p. 19), a chamada fase transitória da separação, ocorre da seguinte maneira:

É quando a relação se desfaz.

Uma vez que a realidade é inescapável, um sentimento de perda substitui a raiva que se transforma em depressão. Para quem quer a separação, o medo do desconhecido é menor. No entanto, quem pede a separação pode sentir que está abandonando a família, o que pode lhe trazer culpa e remorso por decidir sair do casamento. Para quem não quer a separação, os sentimentos de rejeição e abandono são intensos, o que pode provocar depressão e isolamento. É uma fase muito difícil e trabalhosa, e demanda esforço de todos: pais, filhos e dos profissionais que assistem à família.

As crianças ficam perdidas, achando que os pais vão se reconciliar. Essa esperança se dá devido a vários fatores. Como uma separação é frequentemente precedida por várias outras, os filhos tendem a achar que se trata somente de mais uma crise e que os pais voltarão a ficar juntos; as crianças e os adolescentes têm muita saudade daquele que não mais vive com eles, desejando o tempo todo que o pai ou a mãe volte para casa; há em suas mentes o forte desejo de ver os pais juntos.

A crise provocada pela separação é o conflito familiar por excelência a se estudar, e, atualmente, tem se tornado bastante freqüente, pelos mais diversos motivos, capitaneados principalmente pela abertura valorativa da sociedade atual que, não estando mais sob os fortes auspícios religiosos, prega a liberdade da manutenção das uniões conjugais enquanto durar a afetividade. O conflito que leva um casal a buscar a separação, difere-se dos demais litígios levados ao judiciário, em virtude da carga emocional envolvida e do conjunto de pessoas participantes, tendo em vista que, na maioria dos casos, existem filhos menores envolvidos. Atestando o ora narrado, Cezar-Ferreira (2011, p. 82), ressalta:

A crise que leva o casal, que tem filhos menores, a buscar a separação, no âmbito legal, não é diferente das demais, ressalvadas suas especificidades. Apenas, em relação às crises macrossociais, afunila-se, atingindo um microuniverso, o familiar, em princípio, de modo mais contundente e dirigido. Em relação às crises pessoais, a crise da separação apresenta a agravante de estender seus efeitos aos filhos, tanto no presente da agudez do momento processual, quanto no futuro, no que diz respeito à criação deles, com a inerente manipulação de ligações, vínculos e afetos.

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

Os litígios familiares iniciados com a separação e suas ações decorrentes devem ser cuidadosamente conduzidos pelos profissionais envolvidos, pois o correto manejo dos procedimentos de separação podem transformá-las em transições menos gravosas para a família ou marcar o início de graves conflitos familiares, que possivelmente não terão fim. A postura desejável, a ser adotada pelos profissionais envolvidos nas ações de separação, fica bem caracterizada, segundo Cezar-Ferreira (2011, p. 95), no trecho destacado:

Assim, independentemente do apoio psicológico especializado que se faça necessário, os operadores do Direito – advogados, juízes e promotores – e os operadores não jurídicos – psicólogos, médicos psiquiatras e assistentes sociais – que atuem no caso, podem ser de muita valia para os rumos que o processo judicial e a vida da família tomarão. Para melhor desempenho, devem atentar para que seus valores pessoais não impeçam que se chegue ao que for melhor, especialmente para os filhos do casal que se separa, e devem evitar posturas radicais, que apenas reproduzirão e intensificarão a contenda em que o casal se envolveu.

As lides familiares, tem sua resolução atualmente, pautada na forma heterogênea de composição judicial, de forma semelhante ao que ocorre com todas as outras lides. A resolução dos litígios familiares baseia-se então na relação triangular, onde colocam-se as partes em lados opostos e o juiz entre e acima delas para conduzir o processo. Nos casos levados ao judiciário que versam sobre Direito de família, ainda pode se fazer presente a figura do promotor de justiça, se houver em jogo interesses de incapazes. Outro aspecto relevante a se destacar é que, caso não existam incapazes na relação conjugal em ruptura, o litígio pode ser resolvido em cartório, o que não será possível no caso da existência de filhos menores, de acordo com o explanado por Cezar-Ferreira (2011, p. 99-100):

Para casais sem filhos ou com filhos maiores e capazes, ou emancipados, a Lei 11.441, de 2007, admite que a dissolução consensual se dê em Cartório, ou seja, por via administrativa, podendo o casal dispor, inclusive, sobre pensão alimentícia, alteração do nome e partilha de bens. Se houver filhos menores ou incapazes, porém,

será obrigatório haver sentença judicial que homologue o acordo realizado pelos pais, ou determine, a respeito dos itens alimentos, guarda e regulamentação de visitas.

Conforme citado acima, as uniões conjugais em rompimento que possuem filhos menores, serão submetidas à apreciação do judiciário. A análise do caso pelo magistrado, via de regra, far-se-á por meio da apreciação dos autos do processo e, com vistas a prezar pela segurança jurídica, decidirá geralmente com base na lei, que é o critério máximo utilizado para o ofício de julgar. Além da lei, os juízes poderão basear sua decisão nos costumes, doutrina e jurisprudência. A atuação do juiz na resolução dos conflitos, de acordo com Cezar-Ferreira (2011, p. 100-101) é a seguinte:

Os juízes sempre buscaram, criteriosa e conscienciosamente, nos autos do processo, elementos de convicção para decidir, cuidando para não julgar nem *extra*, nem *ultra petita*, ou seja, não julgar nem diferentemente, nem além do pedido, atendo-se ao que consta dos autos, para dar a sentença e levar a Justiça a fazer justiça. Isso significa que, em sendo a ciência do Direito considerada como objetiva, ainda que o juiz, subjetivamente, considere que certa determinação legal não seria a mais justa ou mais ética, ou mais humana, não pode contrariar a disposição legal, restringindo-se ao que está nos autos. São limitações que a lei impõe. Pode o juiz, no entanto, valer-se de seu poder de atenuar os efeitos da lei, conforme seu entendimento.

Apesar do citado acima, encontra-se também respaldo legal para que o Juiz ao analisar determinado caso, aplique uma certa dose de subjetividade à sua decisão, pois, de acordo com Cezar-Ferreira (2011, p. 104):

A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, denominação dada à antiga Lei de Introdução ao Código Civil pela Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010, recomenda que, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” e também lhe faculta decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito, em casos omissos. Em razão disso, alguns juízes de Família poderiam atender o pleito dos advogados e acolher as ações, outros não, conforme sua convicção.

Conforme se pode depreender, a lei permite certa liberdade, no ato de julgar, ao magistrado, uma vez que este na resolução do litígio posto à sua apreciação, deve interpretar a lei com base em sua finalidade social e para a realização do bem comum. Apesar do juiz poder contar com alguma subjetividade para decidir o conflito, tal faculdade não garante aos casais que submetem seus problemas à resolução pelo judiciário, que estes serão plenamente resolvidos, pois, por mais que o magistrado encarregado do julgamento do feito, possua a postura e sensibilidade adequadas a condução da contenda familiar, ele é um ser imparcial por dever e também pelo mesmo motivo totalmente estranho às partes, e, desta forma, não possui

condições e tempo necessários para conhecer a fundo os problemas que envolvem o núcleo familiar em dissenso a ponto de conseguir emanar uma decisão justa e que agrade ambas as partes. No sentido do ora explanado, de acordo com Cezar-Ferreira (2011, p. 143-144), já existe um novo entendimento dos juízes acerca da forma de se tratar os litígios familiares, assim caracterizado:

O fato é que os juízes de família tentam ajudar as partes a chegar a um acordo e encerrar a pendência. Provavelmente, a experiência na função judicante e a sensibilidade mostram-lhes, todos os dias, que as melhores soluções são aquelas que os próprios interessados dão a seus problemas. Por outro lado, como juízes, eles precisam tentar encontrar soluções.

A experiência parece ter-lhes mostrado que as decisões judiciais não são eficazes na área de Família, e a maioria aceita que não é fácil decidir sobre questões íntimas alheias denotando sensibilidade com relação ao sofrimento dos semelhantes. Além disso, é justo que se reconheça que mesmo que os advogados façam todo o empenho em que os clientes tenham uma separação consensual, nem sempre isso garante uma convivência, no mínimo, sensata, entre os separados. E estes precisam de equilíbrio na continuidade de seu relacionamento como pais.

Nesse sentido, o pensamento dos juízes converge para a introdução de práticas de auxílio à família, na Justiça, e antevê a grande probabilidade de sucesso do emprego da mediação que é, sem dúvida, um dos instrumentos mais promissores dos tempos atuais. O aprendizado das técnicas mencionadas também pode ser um diferencial significativo.

A nova forma de se encarar e trabalhar as causas no âmbito do Direito de Família deve ser utilizada também pelos advogados das partes envolvidas no conflito familiar, pois, consoante ao que já foi citado anteriormente, na maioria das vezes, a forma com tais operadores de direito exercem sua função durante um processo de separação, apenas contribui para que a crise estabelecida entre o casal se acirre. A postura adotada pelos procuradores das partes, ao invés de incentivar a busca de uma solução conciliatória e mais equilibrada, incentiva o incremento do conflito estabelecido, através da assunção de uma posição estritamente adversarial, que transforma o processo de separação no início de uma guerra entre ex-cônjuges ou ex-companheiros pelo poder absoluto familiar nas ações decorrentes da separação, concernentes ao estabelecimento das prestações alimentícias e da guarda dos filhos.

A concepção do Direito de Família, rechaça a resolução tradicional dos conflitos pelo poder judiciário, uma vez que este, pelos motivos apresentados até o presente momento, não tem sido efetivo para a resolução dos conflitos familiares, sendo necessária a busca de meios alternativos para a resolução dos conflitos. Importante ressalva deve ser feita acerca de que o termo mais correto para se utilizar em termos de se lidar com conflitos é o de tratar os

mesmos, tendo em vista que o magistrado não elimina o conflito, mas apenas o decide, definindo um ganhador e um perdedor. Na esteira do citado, Fabiana Marion Spengler (2010, p. 290-291), faz importante comentário:

Tratar o conflito judicialmente, todavia, significa recorrer ao magistrado e atribuir a ele o poder de dizer quem ganha e quem perde a demanda. É nesse sentido a afirmativa de que “quando se vai ao juiz se perde a face,” uma vez que, imbuído do poder contratual que todos os cidadãos atribuem ao Estado, sendo por ele empossado, o magistrado regula os conflitos graças à monopolização legítima da força. O principal problema da magistratura é que ela decide litígios que lhe são alheios, sem sentir os outros do conflito, encaixando-o num modelo normativo, sem ouvir/sentir as partes. “Para os juizes, o outro não existe, sempre decidem a partir de si mesmos, de seus egos enfermos. Decidem sem responsabilidade, porque projetam a responsabilidade na norma. Decidem conflitos sem relacionar-se com os outros. As decisões dos juizes são sem rosto.” Nestes termos, os juizes crêem que sua função é administrar justiça e que a realizam, quando decidem, a partir de um conceito, simultaneamente metafísico e determinista, que não leva em consideração, salvo raras exceções, o que as partes sentem como justo no litígio que vivem. A tal ponto que, em alguns casos, a distribuição de justiça termina sendo uma violência para com uma das partes. Quando um juiz se preocupa em analisar se seu conceito abstrato de justiça corresponde às expectativas do que é justo para as partes?

Concluindo, neste capítulo verificou-se a instituição família, com ênfase naquela com filhos, realizando-se um apanhado acerca de suas origens, configuração atual e de seus conflitos. A análise realizada embasa o porquê de ser o Direito de família um ramo especial da ciência jurídica, tendo em vista que trabalha-se a fundo a questão emocional e relacional do ser humano no primeiro espaço social que este frequenta, a saber o núcleo familiar. Deste modo, a maneira de se trabalhar os litígios familiares não pode ser a mesma dispensada às demais lides, pois o principal bem envolvido nas contendas de família é o ser humano, o qual merece especial atenção por sua grande complexidade. Em virtude do citado, no próximo capítulo será realizada uma análise acerca da composição litigiosa tradicional, ou seja, do modelo de funcionamento normal do Poder Judiciário, e de formas compositivas alternativas a este, com o intuito identificar nestas possíveis soluções à crise de efetividade por que passa o mesmo.

2 A MEDIAÇÃO COMO UMA DAS FORMAS ALTERNATIVAS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS

O presente capítulo apresentará o instituto mediação como uma forma alternativa de tratamento de conflitos. Para tanto, será abordado inicialmente a forma compositiva tradicional de tratamento dos litígios, num segundo momento os meios alternativos de resolução de conflitos disponíveis atualmente e, finalmente, será trabalhado, de forma pormenorizada, o tema afeto à mediação.

2.1 Composição Tradicional dos litígios

A forma compositiva tradicional dos litígios é aquela onde o Estado toma para si a autoridade para decidir, de maneira imparcial e justa, os diversos conflitos surgidos no seio da sociedade, que são levados à sua apreciação, utilizando-se para tal do Poder Judiciário. Esta maneira de resolução litigiosa, surgiu da necessidade de vedação à resolução dos conflitos sociais pelos próprios autores neles envolvidos, uma vez que, os homens, em seu estado de natureza original, tendiam a resolver seus problemas através do uso da força até que o mais forte vencesse, configurando, pura e simplesmente a sujeição do mais fraco perante ao mais forte.

O homem, percebendo que a chamada Autocomposição (resolução dos litígios pelas próprias partes nele envolvidas) era destrutiva para a sociedade em surgimento, resolveu então criar a figura do Estado, sujeitando sua vontade a este, por meio do chamado “CONTRATO SOCIAL”, para que o mesmo impusesse o necessário regramento social, impedindo a guerra de todos contra todos e o conseqüente colapso social. Consoante ao citado, assim discorre José Luis Bolzan de Moraes; Fabiana Marion Spengler (2008, p. 67):

O Estado toma para si o monopólio da violência legítima, alçando-se no direito de decidir litígios e chamando à possibilidade de aplacar a violência através de um sistema diverso do religioso e do sacrificial, denominado Sistema judiciário. Este último se diferencia dos primeiros porque não é ao culpado que se voltam os olhos, mas à vítima não vingada, sendo preciso dar a ela uma satisfação meticulosamente calculada, que apagará os seus desejos de vingança sem acendê-los novamente. Não se trata de legislar a propósito do bem ou do mal, não se trata de fazer respeitar uma justiça abstrata, trata-se de preservar a segurança do grupo afastando a vingança, de preferência com uma reconciliação baseada na composição ou em qualquer outra que resulte possível, mediante um encontro predisposto de modo tal que a violência não volte a ocorrer. Tal encontro se desenvolverá em campo fechado, de forma regulada entre adversários bem determinados.

O Estado criado pelo homem, regulamentou a forma como o mesmo deveria se portar em sociedade, disciplinando o convívio social da forma necessária à manutenção da paz. Para a consecução do referido objetivo, o Estado passou a ter a legitimidade para interpor-se entre os cidadãos a fim de por fim aos conflitos surgidos, emitindo a palavra final nestes.

O órgão responsável para a resolução dos litígios, na forma do citado acima, foi o Poder Judiciário, o qual, através de terceiro estranho às partes, qual seja o juiz, decide o litígio trazido a si pelos litigantes. Desta feita, não ocorre mais o desequilíbrio de outrora, com a submissão do mais fraco aos ditames do mais forte, pois o juiz, soberanamente acima dos demandantes, decidirá com imparcialidade, procurando a realização da justiça, o feito submetido à sua análise. Nesta forma compositiva, os envolvidos abrem mão de sua autonomia para a resolução do problema ocorrido, passando ao Magistrado a incumbência para tal. Concernente ao ora tratado, José Luis Bolzan de Moraes; Fabiana Marion Spengler (2008, p. 69), comentam:

Somente ao Poder Judiciário se atribui o direito de punir a violência porque possui sobre ela um monopólio absoluto. Graças a esse monopólio, consegue sufocar a vingança, assim como exasperá-la, estendê-la, multiplicá-la. Nestes termos, o sistema sacrificial e o judiciário possuem a mesma função, porém o segundo se mostra mais eficaz, desde que associado a um poder político forte. Todavia, ao delegar a tarefa de tratamento dos conflitos ao Poder Judiciário – num perfeito modelo hobbesiano de transferência de direitos e de prerrogativas – o cidadão ganha, de um lado, a tranqüilidade de deter a vingança e a violência privada/ilegítima para se submeter à vingança e à violência legítima/estatal, mas perde, por outro, a possibilidade de tratar seus conflitos de modo mais autônomo e não violento, através de outras estratégias.

O modelo praticado pelo sistema judiciário, garante aos cidadãos uma análise técnica e imparcial de suas demandas, uma vez que as mesmas serão verificadas e decididas com base na lei e por profissional devidamente qualificado para tal. Outro ponto de valoração de tal modelo pela sociedade é a segurança de que as decisões proferidas pelo mesmo terão no aparato Estatal a garantia de utilização de todos os meios coercitivos permitidos pelo Direito com vistas à plena executividade do mandamento judicial. A submissão às normas jurídicas para a resolução das mais diversas controvérsias e a garantia de que estas somente serão decididas com base naquelas, consubstancia-se na chamada segurança jurídica, que confere ao Poder Judiciário a confiança dos cidadãos para a solução de seus litígios. No que tange a supremacia do sistema judiciário para a solução das lides, José Luis Bolzan de Moraes; Fabiana Marion Spengler (2008, p. 68 e 69), assim a caracterizam:

No momento em que o Sistema Judiciário (ou estado agonal, como quer Freud) passa a reinar absoluto como único meio de impor regras de tratamento de conflitos, dissimula – e ao mesmo tempo revela – a mesma vingança avistada nos sacrifícios religiosos, diferenciando-se somente pelo fato de que a vingança judicial não será seguida de outra, rompendo, assim, a cadeia vingativa. Desse modo, o Poder judiciário racionaliza a vingança, a subdivide e limita como melhor lhe parece e a manipula sem perigo; buscando uma técnica eficaz de prevenção da violência. Essa racionalização da vingança se apóia sobre a independência da autoridade judiciária que recebeu tal encargo, atribuição que ninguém discute. Assim, o judiciário não depende de ninguém em particular, é um serviço de todos e todos se inclinam diante de suas decisões.

A soberania do Poder Judiciário, no concernente a realização da justiça, também conhecida como jurisdição estatal, a qual vem a ser a investidura do poder de *dizer o direito* conferido ao Estado, consagrou a heterocomposição, como meio de composição dos conflitos. A forma heterocompositiva de resolução de litígios, assim se denomina porque as partes envolvidas no conflito delegam a um terceiro, qual seja o Estado, representado pelo juiz, a responsabilidade para a solução de seu problema. Com relação à significação do termo jurisdição estatal, Fernanda Tartuce (2008, p.81), faz importante comentário:

Merece destaque a conceituação de jurisdição em seu tríplice aspecto, enquanto poder, função e atividade. A jurisdição é poder enquanto capacidade estatal de decidir imperativamente impondo decisões; em seu aspecto de função, expressa o dever de promover a pacificação dos conflitos interpessoais realizando, pelo processo, o direito justo; como atividade, constitui o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função atribuída pela lei.

A suplantação da autocomposição dos litígios pela heterocomposição estatal, tornou-se o meio preferido pela sociedade para solucionar seus problemas, por propiciar ao cidadão as garantias mínimas, positivadas na Constituição Federal de 1988, tais como a inafastabilidade da apreciação do judiciário acerca dos conflitos surgidos na sociedade, o contraditório e ampla defesa, a proibição de instituição tribunais de exceção, o respeito ao devido processo legal, garantia a um juiz regularmente investido para julgar sua lide, etc. A sociedade resolveu então adotar a submissão total a lei, por vislumbrar no Estado o legítimo encarregado de resolver suas lides, uma vez que o mesmo garante, acima de tudo, um tratamento igualitário entre as partes litigantes, propiciando às mesmas a certeza de que a relação jurídica estabelecida entre elas terá na lei o fundamento único para sua resolução.

Com a vedação da realização de justiça pelas próprias partes, a sociedade reconheceu no Estado, através do Poder Judiciário, o responsável em decidir suas demandas, impondo uma decisão final à lide, baseada na lei, com o fito de alcançar a paz social e, por meio do aparato coercitivo, colocado a sua disposição, entregar ao vencedor do litígio o bem da vida objeto do mesmo.

Importante se ressaltar também que a atividade jurisdicional subdivide-se em contenciosa e voluntária. Na jurisdição contenciosa temos a submissão de determinada situação conflituosa, na qual uma das partes resiste injustificadamente ao direito da outra, ao arbítrio do magistrado a fim de que este imponha a vontade do Estado, consubstanciada na lei, e ponha fim na demanda. Nesta forma de atividade jurisdicional, a sentença final prolatada, forma a chamada coisa julgada, tornando a decisão judicial imutável entre as partes.

A segunda forma de jurisdição é a voluntária, onde o sistema judiciário é instado pelo interessado, ou interessados, a se manifestar com a finalidade de dar a devida chancela a determinados negócios privados, inexistindo conflito, como por exemplo, nos casos de alienações judiciais e estabelecimento de testamentos. Nesta forma de jurisdição, conforme já citado, o que vale é a vontade daqueles que requerem a intervenção judicial, sendo, por isso, desconsiderada por alguns doutrinadores como tal, por se entender que somente na forma contenciosa ocorre atividade jurisdicional, uma vez que somente nesta se apresenta a vontade estatal, reduzida a termo na decisão do juiz. Fernanda Tartuce (2008, p. 83), afirma o seguinte, embasando o ora comentado:

Assim, há quem desqualifique tal atuação judicial como autêntico caso de atividade jurisdicional. Grande parte dos doutrinadores (em especial alemães e italianos) afirma que a jurisdição só opera quando há litígio, no qual dois ou mais litigantes demandam do poder judicial a definição do direito questionado. Não havendo litígio, não existiriam jurisdição, ação, processo, sentença, recurso de mérito nem coisa julgada, que configurariam etapas típicas de uma relação jurídica controvertida.

Apesar do entendimento doutrinário, ilustrado acima, outra parte da doutrina entende que, por haver interferência estatal através do judiciário, ocorre à jurisdição, tendo em vista que a pacificação social, apesar da inexistência de conflito, somente se dá com a ação do Estado. Apresentando este outro ponto de vista, assim discorre Fernanda Tartuce (2008, p. 83):

Contradizendo tal asserção, sustenta-se que, a partir do momento em que o assunto é atribuído ao magistrado por um imperativo da lei e deve por ele ser apreciado, há atividade jurisdicional. Assim, tem ação tanto quem postula a restauração de um direito não realizado como aquele que pede a definição de uma relação jurídica pela integração de sua vontade por obra do juiz.

Ademais, as atividades de jurisdição voluntária são, inegavelmente atos de exercício do poder exercidos com o objetivo de pacificar com justiça; ao afirmarem a prevalência do ordenamento jurídico, encerram atividade jurisdicional.

A par da polêmica, estabelecida acerca de ser ou não a jurisdição voluntária considerada como realmente atividade jurisdicional, esta foi apenas suscitada a título de conhecimento, pois o presente estudo volta-se mais aos procedimentos de jurisdição contenciosa, uma vez que nestes existe o conflito a ser solucionado e constituem-se na grande maioria das situações que são levadas ao judiciário, nas quais o mesmo deve substituir a vontade das partes, decidindo e pacificando os litígios.

A jurisdição contenciosa, constitui-se então, na principal forma de manifestação do Poder Judiciário, onde aquele que não consegue obter seu pretense direito por via extrajudicial e consensual, solicita ao órgão jurisdicional a solução do conflito estabelecido, confiando a este a análise de seu caso e a definição de quem realmente possui o direito. No que concerne à jurisdição contenciosa, Fernanda Tartuce (2008, p. 82), comenta:

O aspecto substitutivo da jurisdição propugna que o Estado, diante da resistência ao cumprimento da norma, realize o comando violado. Os meios coercitivos de que pode se valer devem afirmar a existência da vontade da lei e colocá-la em prática.

É nesse campo que atua a jurisdição contenciosa: seu objetivo é aplicar a lei para eliminar o conflito de interesses. Apreciado o litígio, o juiz atribui a um ou outro litigante o bem da vida disputado, sendo sua decisão (pela autoridade da coisa julgada material) dotada de definitividade e imutabilidade ante as partes e seus sucessores.

Por todo o exposto, a forma heterocompositiva de resolução dos litígios, composta pela relação partes – juiz, na qual cabe ao terceiro imparcial, no caso o magistrado, decidir o conflito trazido à sua análise, objetivando a eliminação do mesmo e buscando a paz entre as partes e, numa visão macro, a paz social, consagrou-se na grande maioria do mundo, por gozar do apoio do aparato coercitivo estatal para dar efetivo cumprimento aos seus mandamentos, não sendo diferente em nosso país. Contudo, o excesso de processos que tem adentrado ao sistema judiciário, aliado ao déficit estrutural do mesmo, tem tornado tal modelo não mais tão atrativo quanto antes, tendo em vista, principalmente a morosidade e pouca efetividade de suas decisões, o que conduziu a busca de outras formas de solução das

demandas que normalmente são levadas ao judiciário, as quais serão analisadas pormenorizadamente a seguir.

2.2 A Arbitragem e a Conciliação como Meios Alternativos de Resolução de Conflitos

O contexto sócio-econômico contemporâneo, através do avanço tecnológico, principalmente da tecnologia da informação, e da globalização, delineou um quadro de extrema fluidez nas relações interpessoais, quer sejam de ordem econômica, social ou cultural. As relações humanas atuais tem se pautado por uma premência cada vez maior de rapidez e eficiência, o que conduziu gradativamente a uma fuga do controle estatal a elas imposto, concernente a questões administrativas e principalmente judiciais.

A tradicional forma de composição de conflitos, capitaneada pelo Estado, na figura do Poder Judiciário, não tem conseguido acompanhar o modo de vida dos dias atuais, devido a uma estrutura formalista em demasia e notadamente por um grande atraso em termos de infraestrutura apta a dar conta da enorme carga de demandas que deságuam em si. Em virtude do ora citado, houve a necessidade de se pensar outras formas de composição de litígios, que pudessem desafogar o sistema judiciário e propiciar aos cidadãos opções de solução de suas demandas mais adequadas e eficazes.

Surgiu então, nos Estados Unidos da América, o movimento pelos Meios Alternativos de resolução de conflitos, cujo objetivo era englobar todos os meios diversos ao Poder Judiciário, aptos a solucionar as demandas surgidas no seio da sociedade. A origem e o foco de tais meios ficam bem caracterizados nos dizeres de Fabiana Marion Spengler (2010, p. 295):

Tais práticas tiveram origem nos Estados Unidos sob o nome de Alternative Dispute Resolution (ADR), expressão reservada para designar todos os procedimentos de resolução de disputas sem a intervenção de uma autoridade judicial. Conceitualmente, trata-se de vários métodos de liquidação de desajustes entre indivíduos ou grupos por meio do estudo dos objetivos de cada um, das possibilidades disponíveis e a maneira como cada um percebe as relações entre os seus objetivos e as alternativas apresentadas. As práticas de ADR apresentam inúmeros pontos positivos, dentre os quais aliviar o congestionamento do judiciário, diminuindo os custos e a demora no trâmite dos casos, facilitando o acesso a justiça; incentivando o desenvolvimento da comunidade no tratamento de conflitos e disputas; e, principalmente, possibilitando um tratamento qualitativamente melhor dos conflitos, residindo aí a sua importância.

As formas ditas alternativas de resolução de conflitos, consubstanciam-se na arbitragem, conciliação e mediação. Todas as citadas formas compositivas carregam em si a questão da vontade das partes em utilizá-las, trazendo, desta feita, o retorno da interferência das partes na composição dos litígios, através da assunção pelas mesmas da responsabilidade na resolução do conflito que as aflige, ou, no mínimo o consenso entre ambas para a não entrega desta ao Poder Judiciário.

A forma compositiva por meio do instituto da arbitragem, regulamentado através da Lei nº 9307/96, trabalha a resolução das lides com a utilização da heterocomposição, na qual um terceiro imparcial decidirá o caso que lhe foi entregue para solucionar. Tal instituto assemelha-se quase que totalmente ao *modus operandi* do sistema judiciário, uma vez que neste também um terceiro imparcial é chamado a resolver determinado conflito.

As diferenças entre o meio tradicional, utilizado pelo órgão jurisdicional estatal, e a arbitragem, residem na pessoa que decide a lide e no compromisso assumido pelas partes envolvidas para o estabelecimento da arbitragem. Na resolução tradicional dos litígios, quem tem o encargo de por fim aos conflitos postos à sua análise é o juiz devidamente capacitado e investido pelo Estado para tal ou tribunal, enquanto que na resolução pela via da arbitragem quem terá o encargo de solucionar determinado caso será um terceiro escolhido de comum acordo pelas partes, o árbitro ou tribunal arbitral, não necessitando segundo a Lei de qualquer requisito técnico específico para o exercício da função. No intuito de complementar o exposto, necessário se faz observar o comentário de José Luis Bolzan de Moraes; Fabiana Marion Spengler (2008, p. 125 e 126):

Àqueles se vinculam dos modelos: o da jurisdição estatal, onde o Estado-Juiz decide coercitivamente a lide, e a arbitragem – retomada pela Lei 9307/96 – na qual a um terceiro – árbitro ou tribunal arbitral –, escolhido pelas partes, é atribuída a incumbência de apontar o tratamento para o conflito que as (des)une. São ditos, ambos, heterônomos, pois assentam-se na atribuição a um terceiro do poder de dizer/ditar a solução/resposta, seja através do monopólio público-estatal, seja através da designação privada.

Aqui está realmente a distinção intrínseca entre ambos. Na arbitragem, cabe às partes escolher aquele(s) – indivíduo ou tribunal(arbitral) – que irá(ao) ditar a resposta para o conflito, enquanto a jurisdição aparece organizada como uma função de Estado à qual sujeitam-se os indivíduos envolvidos na lide, cujo procedimento fica vinculado às regras de competência definidas nas leis processuais.

Outro ponto que bem diferencia a arbitragem da jurisdição estatal é a manifestação das partes em estabelecer o chamado compromisso arbitral, que é o termo em que as partes convencionam que irão utilizar a arbitragem para a resolução dos litígios surgidos entre si. O compromisso arbitral pode ser estabelecido à parte, através da simples redução a termo do mesmo, ou incluso como uma cláusula contratual, conhecida como cláusula compromissória, a qual estabelece que os contratantes farão uso de tal forma compositiva nos conflitos que porventura vierem a surgir no cumprimento do contrato estabelecido. No que concerne a forma de convenção de arbitragem, José Luis Bolzan de Moraes; Fabiana Marion Spengler (2008, p. 191), assim discorrem:

A cláusula deve ser estipulada por escrito, podendo ser inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. É requisito formal de validade. Na cláusula, podem as partes instituir a arbitragem *ad hoc* ou se reportarem às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada. Em tal caso, cuida-se da arbitragem institucionalizada e sujeitam-se, as partes, de antemão, às regras preestabelecidas por este juízo arbitral em seu regimento interno. Na legislação anterior – Código Civil, art. 1.037, e Código de Processo Civil, art. 1.072 – somente o compromisso arbitral obrigava as partes. Sem ele, a cláusula compromissória sequer chegava a um protocolo de intenções. Pela nova lei, havendo a cláusula e não havendo acordo sobre os termos do compromisso, pode a parte interessada exigir, em juízo, o seu cumprimento forçado, isto porque, agora, a sentença judicial disporá sobre os termos do compromisso previsto pelo art. 10 da lei sob exame, inclusive nomeando árbitro ou instituição arbitral, valendo a sentença com compromisso arbitral.

Ainda no que tange ao acordo para utilização de arbitragem, vale ressaltar que, mesmo a lei permitindo que esta se convencie por mera inserção em contrato, a cláusula compromissória deverá ser de pleno conhecimento e concordância pelo aderente do contrato, sendo escrita em negrito de forma a dar o maior destaque possível, a fim de que não paire qualquer dúvida acerca do livre acordo de vontades para o estabelecimento da arbitragem como meio compositivo a ser utilizado para possíveis conflitos surgidos no decorrer do contrato.

O fato é que, sendo a arbitragem convencionada através de compromisso arbitral ou cláusula compromissória, se verifica a interferência das partes na determinação de como desejarão solucionar as controvérsias surgidas em suas relações jurídicas. Em virtude do citado, apesar de ser um meio heterocompositivo de resolução de demandas, tem em sua essência um certo grau de boa vontade e desejo das partes em manterem suas relações para

além da relação jurídica estabelecida, pois as mesmas assumem para si a responsabilidade para a resolução de possíveis controvérsias sem levá-las ao judiciário.

Observamos a utilização do instituto ora analisado, principalmente nas relações jurídicas de cunho econômico e comercial, verificando-o presente na maioria das vezes em contratos mercantis e como meio de solucionar controvérsias entre países membros de determinado bloco econômico, como é o caso, por exemplo, do MERCOSUL, tendo em vista que a lei restringe sua utilização basicamente a estas situações, onde estão em disputa direitos meramente patrimoniais e disponíveis.

Por fim, temos na arbitragem uma importante ferramenta para se resolver disputas, dentro dos limites da lei, desafogando o sistema judiciário e permitindo que as partes escolham pessoa de sua confiança e com os requisitos técnicos específicos para por fim ao conflito que as envolve. Além do citado ganham os envolvidos também um meio definitivamente mais econômico que o sistema judiciário, mais efetivo, tendo em vista o menor formalismo e, na maioria das vezes mais célere. A título de desvantagem paira a incerteza, uma vez que a possibilidade de revisão do laudo arbitral pelo judiciário gera tensão entre os litigantes e o perigo de se ver parcialidade no julgamento arbitral ou desequilíbrio entre os mesmos devido a ausência de uma autoridade estatal, aos moldes do que ocorre no Poder Judiciário, a presidir o feito.

Passaremos agora a uma breve análise do segundo meio alternativo para solução de litígios, a saber, a conciliação. O citado meio compositivo trabalha o objetivo de fazer com as partes litigantes cheguem voluntariamente a um acordo que porá fim a disputa estabelecida entre as mesmas, trazendo de volta a ciência jurídica a autocomposição, na qual os litigantes são responsáveis pela resolução de suas controvérsias.

É importante ressaltar que a conciliação já existia na antiguidade, contudo, com o surgimento dos Estados Absolutos e a consagração do positivismo jurídico, esta foi esquecida, sendo substituída pela jurisdição estatal. No entanto, em virtude da crise do judiciário, houve a necessidade de se buscar soluções para tal problema, chegando-se a conclusão que se deveria comprometer as partes litigantes a auxiliar na resolução de sua controvérsia, resgatando-se assim, a forma autocompositiva ora abordada.

No Brasil, o reaparecimento da conciliação, no âmbito do Poder Judiciário, se deu com a promulgação da Lei nº 9099/95, que instituiu os juizados especiais cíveis e os criminais. A referida lei trouxe para o ordenamento jurídico a figura do conciliador e do juiz leigo, não tendo o primeiro sequer necessidade de ser advogado, formado em direito ou qualquer outra capacitação de nível superior ou técnico, e o segundo devendo ser advogado com no mínimo cinco anos de experiência profissional. Contudo, apesar da desnecessidade de qualificação profissional específica para o exercício da função de conciliador, criaram-se, nas diversas esferas do judiciário, cursos de capacitação para o desempenho da mesma.

O surgimento da supracitada lei fez aparecer outras reformas legais que conduziram a modificações relevantes no Código de Processo Civil, as quais implementaram a busca obrigatória, por parte dos juízes, em quaisquer tipos de procedimentos na esfera Cível, da conciliação. Atualmente a lei prevê que o magistrado deverá, como primeiro ato do processo, determinar a realização de uma audiência de conciliação, na qual se buscará o acordo que porá fim a demanda. Caso na referida audiência não logre êxito o objetivo conciliatório, este poderá ser atingido na audiência de instrução e julgamento, onde, antes de passar a produção probatória, o juiz tentará mais uma vez pacificar as partes e obter o acordo, somente seguindo o processo se este não ocorrer. Finalmente outro exemplo do forte teor conciliatório da jurisdição estatal, observa-se na Justiça do Trabalho, na qual além da busca do acordo na fase judicial, poder-se-á obtê-lo nas Juntas de Conciliação Prévia, as quais se constituem em órgãos incumbidos de buscar a conciliação extra ou pré-judicial.

Conforme já explanado, o foco da conciliação é a busca da solução da controvérsia por via do consenso entre os litigantes. Entretanto, o consenso obtido neste meio de autocomposição litigiosa não é um livre consentimento, tendo em vista que as partes são incitadas por seus advogados e pelo juiz a realizar concessões mútuas, visando à obtenção do acordo. Desta feita, ocorre um acordo sugerido ou até mesmo forçado, engendrado pelos advogados ou juiz e não pelas partes, tendo as mesmas apenas o papel de com eles consentir ou não. Os litigantes podem sugerir o acordo, mas isso dificilmente ocorre nesta modalidade compositiva, devido ao interesse dos advogados em obter acordos melhores para si, da insegurança das próprias partes de não se acharem capacitadas a elaborar bons acordos ou simplesmente comodismo das mesmas de confiar tal responsabilidade aos operadores de direito envolvidos na lide.

O terceiro meio alternativo de resolução de conflitos vem a ser a mediação, método este que também trabalha a busca de acordo entre os demandantes, contudo com diferenciações técnicas da conciliação. Devido a esta modalidade compositiva constituir-se no núcleo do presente estudo, merece ser analisada de forma mais detalhada, consoante o que será visto a seguir.

2.3 A Mediação como Meio de Acesso à Justiça e de Tratamento de Conflitos

A forma alternativa de resolução de controvérsias denominada mediação, em consonância ao que foi dito acerca da conciliação, não é novidade, pois já é praticada desde a antiguidade em boa parte do planeta, como forma de ajudar pessoas próximas, como vizinhos ou familiares, a, juntos, buscarem soluções para seus conflitos. Também, como já citado no concernente à arbitragem e a conciliação, a mediação foi contemporaneamente redescoberta, devido ao estado crítico em que se encontra a prestação jurisdicional pelo meio tradicional.

O método compositivo em análise visa trabalhar a busca da solução da controvérsia estabelecida, através do consenso entre os envolvidos, sendo estes ajudados por um terceiro neutro. O terceiro envolvido no procedimento é a figura do mediador, pessoa de confiança e escolhida pelos litigantes, para auxiliá-los na procura da solução que atenda igualmente os anseios de ambos, trabalhando, diferentemente do ocorrido na composição judicial de rotina, a lógica do ganhador-ganhador, deixando de lado a lógica ganhador-perdedor, existente na resolução judicial contenciosa.

O mediador deve então ser um facilitador do diálogo entre as partes, a fim de que estas baixem suas guardas, conversem e juntas cheguem à solução boa para ambas. Desta feita, não pode o mediador interferir no procedimento sugerindo ou conduzindo a discussão para a formatação de acordo que ele pense ser a melhor, pois, se assim agir, estará realizando o papel de conciliador. A interferência durante o procedimento deverá ocorrer apenas para acalmar os ânimos e direcionar os envolvidos ao cerne da(s) questão(ões) a ser(em) resolvida(s).

A linha tênue entre conciliação e mediação está, conforme o explanado acima, na forma como o mediador se posicionará e conduzirá o procedimento. Não deve, sob pena de macular a atividade, o condutor da mediação, tomar partido de qualquer das partes ou se

envolver no conflito estabelecido entre as mesmas. Outra atitude importante a ser tomada é a busca da mudança de postura das partes, uma vez que estas se vêem impregnadas pela lógica adversarial do procedimento judicial contencioso, sendo encargo fundamental do profissional encarregado do trabalho fazê-las mudarem seu ponto de vista, no intuito de se conseguir verdadeiro sucesso no debate. Encerrando a idéia desenvolvida, Fabiana Marion Spengler (2010, p. 306 e 307), assim ensina:

A conciliação se apresenta, assim, como uma tentativa de se chegar voluntariamente a um acordo neutro, que conta com a participação de um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada para dirigir a discussão sem ter um papel ativo. Diferencia-se, pois, a mediação da conciliação pelo fato de que na segunda o tratamento dos conflitos é superficial, encontrando-se um resultado muitas vezes parcialmente satisfatório. Já na primeira, existindo acordo, este resulta na total satisfação dos mediados.

A mediação, como ética da alteridade, reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade de todos os espaços de privacidade do outro. Isto é, um respeito absoluto pelo espaço do outro, e uma ética que repudia o mínimo de movimento invasor. É radicalmente não invasora, não dominadora, não aceitando dominação sequer nos mínimos gestos. As pessoas estão tão impregnadas do espírito e da lógica da dominação que acabam, mesmo sem saber, sendo absolutamente invasoras do espaço alheio.

Mediar então vem a ser a arte de estar no meio, ou seja, entre as partes e não acima delas como o juiz se coloca. É neste método compositivo que se observa a autocomposição por excelência, visto que somente nele o acordo obtido refletirá o verdadeiro consenso das partes, pois parte delas, sem qualquer ingerência externa, constituindo-se, além do enumerado, no mais eficaz. Outro aspecto relevante reside no fato de que a razão de ser da mediação é propiciar o prosseguimento do relacionamento entre as partes após ela, sendo por isso, de acordo com o já relatado, recomendável seu emprego para dirimir questões problemáticas surgidas no seio da família ou comunidade.

A mediação classifica-se de duas formas: extrajudicial ou prévia e incidental. A mediação extrajudicial ou prévia se dá, de acordo com sua designação antes do início do processo. Nesta modalidade as partes envolvidas na controvérsia tentaram, com o auxílio de um mediador, compor seu litígio de forma consensual. Caso o procedimento logre êxito, os envolvidos reduziram a termo o acordo alcançado, auxiliados por um advogado, e submeteram o mesmo à homologação judicial. Cabe aqui lembrar que não existe imposição quanto ao mediador ser profissional da área de Direito ou possuir qualquer outra capacitação, quer seja de nível superior ou técnico. A concepção desta modalidade de mediação é que as

partes procurem a jurisdição estatal, somente se não obtiverem êxito com a mesma, como o último recurso para a solução de sua contenda.

Discute-se bastante, acerca da constitucionalidade da mediação prévia, no caso desta ser de caráter obrigatório, pois tal norma constituiria obstáculo ao acesso a justiça ferindo o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Analisando-se o cerne do instituto mediação, pode-se aquilatar que não deve haver obrigatoriedade na sua utilização, uma vez que o mesmo trabalha com o livre consentimento dos envolvidos, não podendo assim ser imposta a sua utilização. Parece ser mais condigno com a essência da mediação que ela seja apresentada às partes como mais uma ferramenta, de uso facultativo para estas, para a resolução da pendência que as aflige. Confirmando o relatado, Fernanda Tartuce (2008, p. 244) comenta e traz interessante exemplo de procedimento adotado no Canadá:

Em Quebec, no Canadá, foi instituído um serviço de pré-mediação obrigatório na apreciação dos conflitos familiares. Por meio de uma palestra, que dura menos de uma hora, a atividade de pré-mediação provê aos interessados informações sobre tal técnica conciliatória e seu respectivo procedimento. Após certo prazo, as partes optam se utilizarão ou não tal mecanismo com plena liberdade.

A previsão canadense configura, sem dúvida, o melhor sistema. Possibilitar informação sobre a mediação por um breve período de tempo exigindo conhecimento e opção pelas partes quanto à técnica parece-nos condizente com a administração do conflito. Diferentemente, impor às partes o comparecimento compulsório às sessões para entabularem um acordo não se revela pertinente a tal instituto, visto que certamente comprometerá as essenciais liberdade e voluntariedade regentes da espécie.

A outra modalidade de mediação é a incidental. Nesta, o juiz poderá encaminhar os litigantes, em qualquer fase do processo para a mediação, suspendendo este durante o prazo estabelecido para a realização de tal procedimento. Da mesma forma que na extrajudicial é de bom alvitre que o encaminhamento dos envolvidos à mediação, seja por vontade dos mesmos e não da discricionariedade do magistrado, com vistas a não desvirtuar o instituto que tem como máxima a liberdade das partes em dele se utilizar.

No Brasil não existe ainda uma lei regulamentando a mediação, contudo existe o projeto de Lei 94/2002, que consubstanciou a visão de dois projetos anteriores acerca deste tema. Complementando o afirmado, Fernanda Tartuce (2008, p. 259 e 260), assim comenta:

O primeiro projeto a abordar o tema teve iniciativa e relatoria da Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro. O projeto de Lei 4827/98 contou, em sua elaboração, com a participação de experientes estudiosos da matéria, a saber: Antonio Cesar Peluzo

(atual ministro do STF), Águida Arruda Barbosa (advogada e mediadora), Giselle Groeninga (psicanalista e mediadora) e Eliana Ripert Nazareth (psicanalista e mediadora). Sua proposta não foi regulamentar com minúcias o procedimento, mas sim contemplar apenas as diretrizes mais importantes da mediação, como a facultatividade de sua adoção e a flexibilidade de suas formas.

Posteriormente, veio a lume um segundo projeto de lei capitaneado principalmente pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e pela Associação dos Magistrados Brasileiros. Tal projeto detalhou vários pontos sobre a mediação, institucionalizando-a e aproximando-a das diretrizes da conciliação. Esta segunda versão do projeto de lei sobre mediação em trâmite no Congresso Nacional inspirou-se no modelo argentino, tendo em vista a proximidade territorial e cultural entre tal país e o Brasil.

Por ocasião de uma audiência pública realizada em 2002, promoveu-se a reunião dos dois projetos de lei. Assim, tramita, atualmente, no Congresso Nacional uma versão consensuada, que considera tanto elementos do projeto de lei original daquela deputada, formulado com colaboração de membros do Instituto Brasileiro de Família, como também elementos do Anteprojeto de Lei do Instituto Brasileiro de Direito Processual, apresentado ao Ministro da Justiça Dr. Márcio Thomas Bastos em 2002.

Apesar de não existir ainda lei acerca da mediação no país, em diversos Estados tem se desenvolvido projetos para disseminação da cultura do consenso e do uso da mediação na solução dos mais diversos conflitos, conforme relata Fernanda Tartuce (2008, p. 209):

A prática da mediação, que inicialmente era mais marcante em controvérsias internacionais, vem se expandindo de forma expressiva no panorama mundial nos últimos 25 anos para diversos ramos. Também no Brasil tem havido um significativo crescimento da utilização da mediação nos últimos tempos. Segundo dados coletados, em 1997, havia no País 18 instituições de mediação e arbitragem, tendo tal número saltado para 77 em 2004.

Outro exemplo do espectro de abrangência da mediação é a sua utilização em conjunto com o ECA, para a correção dos atos infracionais como bem destaca Alexandre Morais da Rosa (2011, p. 103 e 104):

Apresentar a mediação no campo do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) parece, ainda, ser uma novidade. Embora inexista regulamentação específica no Brasil, diversos Juizados da Infância e Juventude espalhados pelo país instituíram serviços desta ordem. De regra a atuação se dá no campo do “ato infracional”, conforme se verifica nos projetos de São Caetano do Sul, Brasília, Porto Alegre e Joinville, este último coordenado por mim até recentemente, quando operei pela Vara Criminal. O tema produziu alentada bibliografia recente, a qual não pode ser desconsiderada. Este artigo, pois, de maneira sumária procura explicitar uma das possibilidades de instituição no campo do ECA, especialmente do “ato infracional”, em projeto que dialoga com a Psicanálise e seu sujeito do desejo.

O procedimento mediatório possui como principais vantagens o sigilo e a reserva com que se desenrola, a possibilidade de utilização de dois ou mais mediadores, num procedimento

de co-mediação, de diversas áreas profissionais, dando um interessante caráter interdisciplinar, a celeridade do mesmo se comparada com a jurisdição estatal, custos reduzidos, alto grau de efetividade dos acordos entabulados, tendo em vista que são construídos consensualmente pelas partes e a manutenção das relações entre os envolvidos, mesmo após o término do mesmo.

Em contrapartida os críticos da mediação apontam como principais desvantagens da mesma, a insegurança jurídica, por ser um procedimento relativamente novo e ainda não estar positivado em nosso ordenamento jurídico e a possibilidade de desequilíbrio entre as partes, ocorrendo à imposição da vontade do mais forte sobre o mais fraco, por não haver o rigor do controle estatal sobre tal procedimento.

Concluindo o presente capítulo, deve-se ter presente que os meios chamados alternativos de resolução de conflitos, não devem e não irão excluir jamais a jurisdição estatal, mais sim servem como uma válvula de escape desta, tomando para si demandas cuja análise pelo Poder Judiciário seria ineficiente e assim desonerando-o. Neste diapasão o melhor entendimento para os mesmos é como complementares sistema de composição judicial estatal, pois nunca o irão substituir, somente o ajudando a ser mais eficiente ocupando-se dos litígios que realmente tem de sofrer sua intervenção.

2.4 A Resolução nº 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010

Diante da inércia do legislativo na aprovação de uma lei ordinária apta a regular a aplicação da mediação e atento para o grave problema da crise do judiciário, o CNJ teve a iniciativa de implementar a mesma por meio da Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, criando obrigações para o Poder Judiciário no que concerne ao instituto ora referido, principalmente, e também à conciliação.

A medida adotada pelo CNJ é digna de aplausos porque agilizou por um lado a obrigatoriedade do uso da mediação nas lides judiciais e por outro garantiu-lhe a necessária flexibilidade e pouco rigor formal que lhe são essenciais. Caso houvesse a promulgação de uma lei sobre mediação, esta poderia, de certa forma, engessar a sua aplicação e ser alvo de declaração de inconstitucionalidade, como, por exemplo, na situação de obrigatoriedade de mediação prévia em determinadas causas.

A maneira encontrada pelo CNJ para se incutir a mediação em nosso sistema judiciário ataca o principal obstáculo para sua utilização que é a questão cultural, uma vez que, está claro em seu texto, a necessidade de esclarecimento e prestação das devidas orientações à população, a fim de que a mesma visualize as possibilidades e benefícios insertos em tal meio compositivo. Desta feita, a norma em questão objetiva alcançar crescente desjudicialização dos conflitos por meio do incentivo da composição dos mesmos pelos envolvidos quer seja através da mediação ou da conciliação. A meta ora citada, está bem delineada no preâmbulo da resolução em análise, como pode-se observar no trecho a seguir:

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

Outro aspecto que ficou bem delineado foi a necessidade de emprego do método de resolução de litígios adequado, observando-se as peculiaridades de cada caso, e a sua não obrigatoriedade, mais sim a sua oferta aos cidadãos como uma forma extra de solucionar suas controvérsias. As idéias descritas estão postas no primeiro artigo do regramento em questão, assim apresentado:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Conforme já dito, para se atingir os objetivos almejados, deveriam se impor aos órgãos componentes do Poder Judiciário obrigações necessárias ao real surgimento de uma cultura de resolução de conflitos e pacificação social através da mediação e conciliação. Tais medidas são observadas no art. 7º, no qual determina-se a criação pelos Tribunais dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, os quais tem suas missões enumeradas nos incisos do mesmo.

No art. 8º da resolução ora tratada, são nominados os órgãos responsáveis, no âmbito dos tribunais, pela resolução das mais diversas controvérsias por via consensual, sendo os mesmos chamados de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, de acordo com o disposto no caput do citado dispositivo nestes termos:

Art. 8º Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (“Centros”), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

Ainda no concernente aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, é de relevância se ressaltar que, além da determinação de sua criação, amarrou-se também o prazo para que os mesmos entrassem em funcionamento, prazo este estabelecido nos parágrafos terceiro e quarto do artigo supracitado e que dependem do volume de processos de cada Comarca.

O objetivo de mudança cultural, tão necessário ao incremento das soluções de conflitos pela via do consenso, tem como importante ferramenta para sua consecução o Portal da Conciliação, meio de informação apto a aproximar a sociedade civil destas opções de composição litigiosa, e que funcionará na página da internet do CNJ, caracterizado pelo art. 15 da normativa em pauta, nos seguintes termos:

Art. 15. Fica criado o Portal da Conciliação, a ser disponibilizado no sítio do CNJ na rede mundial de computadores, com as seguintes funcionalidades, entre outras:
I – publicação das diretrizes da capacitação de conciliadores e mediadores e de seu código de ética;
II – relatório gerencial do programa, por Tribunal, detalhado por unidade judicial e por Centro, com base nas informações referidas no Anexo IV;
III – compartilhamento de boas práticas, projetos, ações, artigos, pesquisas e outros estudos;
IV – fórum permanente de discussão, facultada a participação da sociedade civil;
V – divulgação de notícias relacionadas ao tema;
VI – relatórios de atividades da “Semana da Conciliação”.
Parágrafo único. A implementação do Portal será gradativa, observadas as possibilidades técnicas, sob a responsabilidade do CNJ.

Por fim, a resolução nº 125/2010 do CNJ, trouxe importante regulamentação para o exercício da profissão de conciliador/mediador, na medida em que estabeleceu a devida organização destas relativamente à carreira, vencimentos e capacitação. Definindo e

uniformizando, no que se refere ao conhecimento técnico necessário ao desempenho das referidas profissões, em seu anexo III, os módulos didáticos, nos quais se distribuem as disciplinas que devem ser ministradas para aqueles que desejarem ser mediadores ou conciliadores.

Dentro da idéia apresentada até aqui, relativamente à adequação do melhor procedimento às especificidades da lide, no próximo capítulo será abordado como a mediação pode ser útil se aplicada aos conflitos nascidos no seio do Direito de Família.

3 O USO DA MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS ESTABELECIDOS NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA

No presente capítulo serão abordados os aspectos que levam a crer ser a mediação o instituto ideal para se obter a real pacificação e a conseqüente resolução dos conflitos surgidos no seio do ambiente familiar. Para tal será abordado em primeiro lugar à temática afeta à observância da dignidade da pessoa humana no tratamento dos conflitos familiares, em segundo lugar a problemática da falta de efetividade do sistema tradicional de resolução judicial no que tange às causas de família e por fim a possibilidade de tratamento efetivo das lides familiares através da utilização da mediação.

3.1 A dignidade da pessoa humana e o tratamento dos conflitos familiares

A temática concernente ao respeito à dignidade da pessoa humana está amplamente difundida em nosso ordenamento jurídico, uma vez que esta encontra guarida em nossa Lei máxima, a qual positivou dentre os objetivos nacionais o respeito à mesma. Com a Constituição Federal deixando claro tal mandamento, erigindo-o a categoria de princípio, irradia-se para toda a legislação infraconstitucional a obrigação de, em seus regramentos, não haver qualquer dispositivo que lhe seja contrário.

O Direito de Família constitui-se num ramo especial dentro das ciências jurídicas, pois nele, mais do que em qualquer outro, tem-se o ser humano como principal objeto, ou seja, como bem de primeira prioridade a ser tutelado. Às relações jurídicas surgidas no núcleo familiar carecem de tratamento diferenciado. Ao se trabalhar uma demanda desta espécie sentimentos como raiva, perda, impotência, dentre outros são aflorados e trazidos para o interior da disputa judicial, os quais, na maioria das vezes deixam os envolvidos cegos e desfocados para a busca das soluções de seus problemas.

Os conflitos de família são conflitos humanos por excelência, e, por isso, conforme citado acima merecem tratamento diferenciado a fim de respeitar a individualidade dos litigantes e tornar seu desfecho o menos danoso possível para os mesmos. A complexidade das controvérsias dos relacionamentos humanos fica bem caracterizada por Liane Maria Busnello Thomé (2010, p. 111) nos seguintes dizeres:

O conflito convive com os relacionamentos humanos, tanto em sociedade como no ambiente familiar privado. O ser humano é complexo, e os conflitos fazem parte de sua natureza. Tanto podem ser relativos à identidade, quanto de poder, de culpas, de medos e de frustrações.

Em regra, as pessoas envolvidas num conflito procuram negá-lo, ou temê-lo, tendo um reconhecimento negativo sobre o mesmo, pois este carrega consigo sentimentos e situações desagradáveis, como competição, discordância e desarmonia.

Em muitas oportunidades, o conflito é evitado por falta de habilidade de lidar com ele, uma vez que o impasse sugere a impossibilidade de uma solução adequada, pelo menos para uma das pessoas envolvidas na disputa, que provavelmente não ficará satisfeita com a solução, se lhe for imposta.

A problemática surgida nos litígios que envolvem famílias, afeta o âmago do ser humano, devendo este ser respeitado em todas as suas nuances sentimentais e comportamentais, o que nem sempre é possível de se observar no trâmite do processo judicial tradicional, por mais que as reformas pelas quais passou a legislação processual tenham dado a todas as lides de uma maneira geral um foco conciliatório. Este descuido com o trato para com o indivíduo, deve-se ressaltar, não resulta do descaso dos operadores do direito, mais sim de uma série de óbices de ordem estrutural que afligem o sistema judiciário, contudo deve-se buscar formas novas de tratar as questões de Direito de família.

Ocorre a idéia comum, ao se chegar ao fim de um relacionamento conjugal, que a família foi extinta, o que pode ser verdade no caso de uniões desfeitas sem filhos. Contudo, quando a família não se resume apenas ao casal, existem os filhos, os quais constituem-se em membros da mesma que devem ter a sua dignidade enquanto ser humano igualmente respeitada. O relacionamento familiar não será finalizado pela dissolução do vínculo afetivo entre os cônjuges, mais apenas transformado, uma vez que o vínculo parental é eterno. Então, ao se tratar conflitos familiares, somente se obterá o real cumprimento do princípio constitucional ora abordado, no caso de todos os integrantes do núcleo familiar terem seus interesses, necessidades, angústias e anseios, devidamente trabalhados e discutidos na composição da controvérsia estabelecida.

Observar-se-á também a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na condução das demandas de família, na medida em que nestas haja o comprometimento dos integrantes da família em transformação na obtenção das soluções para os seus problemas. Deve haver o resgate a autodeterminação das partes, pois nestes casos elas são as mais aptas a escolher os caminhos e a forma como desejarão dar prosseguimento às suas vidas. Nunca é demais lembrar que, conforme relatado no parágrafo anterior, todos os integrantes do núcleo

familiar devem ser ouvidos e receber especial atenção, para que não ocorra a comum coisificação dos filhos menores, na qual os mesmos não são visualizados por seus genitores como pessoas, mais sim como meros objetos ou troféus na batalha que acaba se tornando a demanda familiar na maioria dos casos.

E de relevância ressaltar que deve se ter o cuidado, ao se lidar com casos de família, para não se colocar os filhos menores no meio do conflito, ou seja, não é interessante que os mesmos participem diretamente do litígio estabelecido entre seus pais, pois tal atitude pode gerar traumas ainda maiores nos mesmos. Os filhos menores devem ser ouvidos, a parte, no trâmite do conflito estabelecido entre seus genitores por profissionais mais habilitados para tal, como por exemplo, os psicólogos e assistentes sociais, a título de se conhecer sua visão da situação em pauta, suas preocupações e necessidades. Há que existir, por parte do casal em dissenso, a consciência de que seus filhos menores merecem o tratamento digno de pessoa e não de objeto, conforme já citado, pois assim o processo de mudança será menos traumático e seu desenvolvimento humano será adequado.

A participação da família em ruptura na composição de seu conflito, através da introdução da vontade de seus integrantes na resolução do mesmo, não quer dizer a exclusão do Estado desta questão. O momento da separação do casal configura-se como extremamente delicado do ponto de vista comportamental e sentimental, o que faz com que o mesmo, na maioria das vezes, não possua a necessária sensatez e paz de espírito para conversar. Nesta hora é necessário entender o conflito e estabelecer os rumos a seguir, sendo necessária a participação de um terceiro estranho à controvérsia.

A questão que se levanta está afeta ao terceiro convocado pelos litigantes para a solução de seus casos. Conforme explanado até o presente momento, os conflitos familiares revestem-se de características especiais por serem palco de grande afluxo de emoções, em virtude do choque provocado pela mudança da estrutura familiar e as todas as incertezas que decorrem deste momento.

Neste contexto, a forma como usualmente compõe-se os casos ocorridos no âmbito do Direito de família, com a adjudicação da solução do litígio estabelecido ao terceiro incumbido para tal pelo Estado, a saber o juiz, não parece ser o melhor meio para a solução e pacificação destas lides, na medida em que, nesta forma compositiva não há o necessário espaço de

diálogo entre os envolvidos e nem tempo para a expressão da livre vontade dos participantes na busca do rearranjo de suas famílias. Dando prosseguimento ao presente estudo, verificaremos as razões do Poder Judiciário não ser o órgão adequado para a composição dos litígios originado no seio da família.

3.2 A falta de efetividade do sistema judiciário na composição dos conflitos com origem no Direito de Família

A forma compositiva de litígios tradicional, operacionalizada através do Poder Judiciário, onde resolvem-se os mesmos por meio da heterocomposição, na qual o terceiro estranho às partes, no caso o juiz, impõe sua decisão para resolver a lide, padece de grave crise funcional e estrutural. A crise ora citada, não é só do judiciário, mais sim uma crise do Estado como um todo, na qual o mesmo vem demonstrando incapacidade de acompanhar o avanço tecnológico engendrado pela globalização a fim de prestar serviços públicos eficientes ao contribuinte.

A sociedade contemporânea estabelece relações jurídicas numa fluidez e velocidade sem precedentes e a máquina estatal não tem conseguido se estruturar da maneira necessária a dar vazão a este conjunto monstruoso de novas demandas. Com o sistema judiciário não poderia ser diferente e, na verdade, é até pior, pois o processo judicial reveste-se de uma série de formalidades necessárias à legalidade do mesmo e ao respeito dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente que não são compreendidas pela maioria da população, a qual insurge-se por um Poder Judiciário mais eficaz e célere.

O problema enfrentado por nosso país, já é experimentado por outras nações no mundo a mais tempo, logo, no campo das ciências jurídicas, se procuram meios de desafogar a estrutura judiciária a algumas décadas. No Brasil se operaram diversas mini-reformas no Código de Processo Civil no intuito de termos um processo mais célere e eficaz, além de Leis ordinárias, como a Lei 9099/95 já citada no presente estudo, criadora dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que colaborou sobremaneira para o desafogo do judiciário. Contudo, não se trata apenas de oferecer ao cidadão uma prestação jurisdicional mais célere, e sim uma forma de composição de conflitos adequada e realmente eficaz.

Na seara familiar, consoante ao verificado anteriormente, o olhar sobre o conflito deve ser diferenciado, uma vez que está se mexendo com pessoas integrantes de um núcleo familiar, o qual possui grande responsabilidade perante o país, pois o mesmo tem a missão de formar cidadãos íntegros e cômnicos de seus direitos e deveres como tais. A nossa forma compositiva por meio do processo judicial nunca deixará de existir, contudo em determinadas áreas ela se mostra deveras ineficaz, como ocorre com o Direito de família.

Em se falando de eficácia nós a observamos quando as determinações feitas pelo magistrado em certas lides, são plenamente cumpridas pelas partes. No âmbito das lides familiares a adjudicação do poder de decidir as mesmas para o juiz invariavelmente tem se mostrado infrutífero, na medida em que o juiz não pode e nem tem tempo para se envolver na demanda, pois possui um sem número de outras para julgar. Desta forma, a solução que o magistrado dá ao litígio, na maioria das vezes não é cumprida, pois é uma decisão imposta, na qual apenas uma da parte se satisfaz e consegue a vitória no processo, restando para a outra o sentimento de perda, frustração e injustiça, levando-a ao não cumprimento do determinado.

O mandamento impositivo judicial geralmente conduz a situações de agravamento e extensão do conflito, nas quais invariavelmente os principais prejudicados são os filhos, pois se vêem em meio a uma batalha entre pessoas que pensavam conviver felizes para o resto da vida. Os filhos são vistos pelo vencedor como espólios de guerra e meios de impingir sofrimento maior ao derrotado, enquanto que pelo perdedor são vistos como meras obrigações pecuniárias, o que conduz ao afastamento e conseqüente abandono afetivo por parte do ascendente vencido.

No espaço judicial não existe possibilidade de se dispensar a atenção devida às famílias em crise que diuturnamente adentram com seus processos nos fóruns Brasil afora, os quais já padecem com inúmeras demandas pendentes de solução e poucos funcionários para dar-lhes andamento. A situação ora descrita, fica bem caracterizada, nos dizeres de Thomé (2010, p. 112), da seguinte forma:

No judiciário não há espaço para oferecer atenção às carências emocionais das partes envolvidas em conflitos, principalmente familiares, como frustrações, abandonos, honra e respeito, que são aspectos subjetivos das pessoas, mas que quando afetados pelos conflitos, acarretam na disputa judicial, compensação financeira, como se constata nos longos processos litigiosos de separação e divórcio,

com disputas acerca da guarda, visitas e alimentos para os cônjuges, para os filhos menores ou incapazes e na partilha de bens.

Resta um hiato entre o desejo de cada parte de ser ouvida e compreendida no seu conflito quando ingressa no Judiciário e a solução imposta no julgamento.

O judiciário não trata das emoções envolvidas nos conflitos familiares, mas estas se exteriorizam na conduta das partes envolvidas nos processos de ruptura dos vínculos familiares, e a sentença nunca alcança essas emoções.

Importante ressaltar também, a título de reforço das idéias em pauta, o relato feito por Tatiana Robles (2009, p. 24 e 25):

Por isso, a sentença judicial, resultado de um exame apenas dos fatos suscitados e corroborados nos autos, mostra-se insuficiente para que seja dirimida a lide. É certo que de nada adianta a prestação da tutela jurisdicional se esta se mostrar totalmente inócua para a satisfação da demanda colocada perante o Estado para ser solucionada. Os próprios magistrados, aos quais foi incumbida a complexa tarefa de julgar, frequentemente, indagam-se sobre a sua atuação na resolução dos conflitos familiares, pois por mais dedicados e sensíveis que sejam, os juizes de direito têm uma formação unidisciplinar, própria ao conhecimento das leis, ao Direito em si, não conseguindo transcender os limites de sua formação.

Ademais, a própria explosão de litigiosidade na área de Direito de Família, ocasionada pelas diversas transformações ocorridas principalmente nas três últimas décadas, consistiu em um aumento de demandas ao qual o Judiciário mostra-se incapaz de atender de forma efetiva.

As consequências, todos nós, constantemente, presenciamos: disputas intermináveis na esfera judicial, decisões habitualmente transgredidas, desaguando no Judiciário na forma de novas lides, e a ineficiência do Judiciário na pacificação dos conflitos.

A insuficiência da estrutura judiciária estatal para dar vazão às demandas que lhe são trazidas atrelada à cultura extremamente valorizadora do litígio presente no povo brasileiro, deram o impulso necessário ao surgimento da chamada explosão de litigiosidade. Esta busca do Judiciário como solução para todos os problemas da sociedade fez transparecer a sua inadequação para a resolução das lides familiares, pois, ao se verificar a superlotação de processos nos tribunais, o que tornou o sistema moroso, ficou mais latente ainda a sua impropriedade para trabalhar as questões de famílias, na medida em que a busca da celeridade processual passou a produzir decisões cada vez mais ineficazes e que, além de não por fim aos litígios, apenas acarretavam outros novos.

Finalmente, resta incontroverso que a forma consagrada do processo judicial para a resolução dos conflitos, em virtude de todas as peculiaridades e subjetividade presentes nas questões de família, não se presta a solucionar tais demandas. Necessário se faz a busca por formas compositivas que privilegiem a liberdade das partes envolvidas na consecução de soluções para seus problemas pela via do consenso e não pela submissão de suas vontades a um terceiro estranho às mesmas. É neste contexto que verificaremos, no prosseguimento do

presente trabalho, a utilização da mediação para o tratamento dos litígios surgidos na família, uma vez que este meio de composição litigioso privilegia a comunicação entre os demandantes, o aprofundamento das razões do conflito e do que precisa nele ser priorizado para a sua solução.

3.3 A mediação como forma efetiva de prestação jurisdicional nos conflitos instaurados no seio do núcleo familiar

Após todo o estudo elaborado até o presente momento, chegou-se ao momento de, através da abordagem acerca do porquê do instituto mediação se constituir em uma excelente forma de se tratar as querelas familiares com maior índice de efetividade, satisfação e menor trauma para os envolvidos.

É fato que o Direito de Família constitui-se num ramo especial das ciências jurídicas por ter como objeto principal o ser humano. Neste diapasão, as disputas originadas no mesmo não devem ter o tratamento frio dispensado pelo ordenamento jurídico positivado como se estivesse resolvendo-se quaisquer outros tipos de litígio. As controvérsias familiares falam profundamente ao mundo sentimental dos envolvidos, na medida em que referem-se a grupos de pessoas que uniram-se para, baseado no afeto mútuo, construir o seu espaço de convivência privado apto a dar-lhes o suporte necessário a enfrentarem a vida e alcançarem seus objetivos.

Não resulta de bom alvitre então, colocar-se nas salas de audiências dos Fóruns Brasil afora, onde tramitam todos os tipos de causas, famílias em dissenso, pois este espaço não oferece o adequado tempo e a adequada privacidade para que se discutam seus problemas, que vão muito além das questões meramente patrimoniais, na maioria dos casos.

A mediação, além de tudo que já foi exposto, configura-se como uma forma compositiva de litígios, na qual propicia-se a retomada da conversação entre o casal em ruptura, objetivando que o mesmo deixe de lado e procure superar o rancor originado pela crise da separação, bem como a infrutífera busca pelo culpado da mesma. Através do referido instituto, a família em desfazimento, pode construir o espaço de escuta e discussão sadio, no qual buscar-se-á o foco nas questões que realmente devem ser resolvidas, como o estabelecimento da forma da guarda, visitação e pensão alimentícia.

Outro aspecto de grande valia propiciado pela mediação é a quebra do caráter adversarial entre o casal em processo de separação, o que é de extrema importância para o prosseguimento da vida de homem e mulher, no caminho que escolherem e principalmente para a manutenção do vínculo parental, pois a relação conjugal termina mais aquela formada com os filhos deve prosseguir inalterada, a fim de que os mesmos não sejam prejudicados em seu desenvolvimento enquanto seres humanos. Confirmando os aspectos suscitados Robles (2009, p. 64), assim refere:

A recuperação da comunicação pela mediação proporciona o estabelecimento de acordos consoantes às necessidades das partes, por meio da ponderação e análise, por elas mesmas, das informações por elas prestadas, diferentemente do que ocorre no processo judicial, no qual há pouca participação efetiva das partes e as informações são, muitas vezes, dominadas por seus patronos.

O processo de mediação possibilita a conscientização dos sujeitos acerca da dimensão do litígio, de seus direitos e deveres, da necessidade da continuação das relações parentais de forma saudável. Estimula-os para a corresponsabilização no tocante ao processo educativo dos filhos, ao contrário do processo judicial que enfatiza, de maneira constante, apenas a necessidade de demonstração da culpa do outro, objetivando a prolação de uma sentença que imponha uma punição ao outro.

A grande causa da falta de efetividade do sistema judiciário tradicional nas disputas familiares reside no fato de ali, com a responsabilidade de impor um fim, pelo menos formal, ao conflito estabelecido, estar um terceiro (juiz), que, por mais boa vontade e sensibilidade que possua, não dispõe do tempo e nem da formação adequada para adentrar no cerne do litígio estabelecido, tendo, contudo, a obrigação de finalizá-lo. Ao se proceder assim, com a imposição da decisão do magistrado para a lide familiar, na grande maioria dos casos ocorre a multiplicação dos processos, pois, o não cumprimento da decisão judicial trará o caso de volta a corte, tornando o pronunciamento judicial de outrora inepto.

A utilização da forma compositiva em análise no tratamento da carga de demandas capitaneadas pelo Direito de Família resulta na recuperação do direito das partes na determinação de seus destinos, visto que são as mesmas que irão construir e formalizar o acordo que servirá para regradar os direitos e deveres de cada um relativamente aos mais frágeis neste momento, que são os filhos menores de idade.

O acordo obtido por meio da mediação familiar será, na grande maioria dos casos, mais efetivo em relação àquele engendrado por advogados e juiz ou à decisão judicial. O motivo para tal reside no fato de que ninguém melhor para dizer como se reorganizará e

prossegirá a família do que a mesma. Necessário se faz resgatar a busca das soluções consensuais no âmbito dos litígios de família, recuperando-se a conversação sã e despida de acusações mútuas entre os cônjuges para o fito de se acabar, ou pelo menos reduzir a números ínfimos, com a submissão destes casos à decisão judicial, pois esta invariavelmente não surtirá o efeito desejado, uma vez que não se configura conveniente a delegação a um terceiro da responsabilidade para a resolução dos problemas oriundos de tais casos.

Apesar de toda a construção feita no presente trabalho, infelizmente ainda se observa que a maioria dos casos, que abarrotam nossos tribunais, são afetos ao Direito de Família. A mediação pode servir como um importante meio de auxiliar o judiciário no tratamento de tais lides. Neste sentido podemos destacar o comentário de Rozane da Rosa Cachapuz (2006, p. 133):

A mediação pode vir a auxiliar totalmente o Judiciário, cumprindo a função de resolução de conflitos familiares e reduzindo a utilização de artifícios legais para expressar os sentimentos incontidos. Pode dar vazão às suas exigências de permanecerem em suas relações, indiretamente, de forma desprezível, expondo suas vidas no mais íntimo de sua convivência, servindo apenas para desestruturar cada vez mais os membros envolvidos.

A mediação reconhece que as emoções são parte integral do processo de resolução e, como tal, devem ser atendidas, para que mais tarde não resultem em constantes ações revisionais, até porque os conflitos de casais, antes de serem de direito, na grande maioria, são essencialmente emocionais.

Mediação de família é, em especial, um processo que enfatiza a responsabilidade dos cônjuges de tomarem decisões que vão definir suas próprias vidas, isolando pontos de acordo e desacordo e desenvolvendo opções que levam a uma nova tomada de decisões.

O uso da mediação no Direito de Família é entendido pela maioria apenas como uma forma de se aliviar o Poder Judiciário destes casos tão peculiares e de difícil resolução. Contudo deve-se entender tal medida de uma maneira mais abrangente, verificando-a como uma saída para propiciar o tratamento adequado e eficaz para estas lides. A diminuição da carga de processos resultará como uma consequência natural da utilização do instituto em pauta. Atestando o relatado, Robles (2009, p. 74) afirma:

Assim, a mediação representa um instrumento a ser utilizado pelo Estado para assegurar uma melhor e mais efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Ao recuperar o poder decisório dos interessados e direcionando-se ao cerne do conflito para solucioná-lo, a mediação instaura um efeito dinâmico, permitindo às partes gerenciar seus conflitos. Possibilita que as partes obtenham decisões através de um consenso, e que, evidentemente, terão uma maior probabilidade de serem cumpridas de maneira eficaz, evitando, assim, a necessidade de socorrer-se do Poder

Judiciário para que este determine o cumprimento dos acordos, bem como decida, de maneira inapta, a lide familiar.
Portanto, a redução do inchaço que assola o Poder Judiciário, com a diminuição dos contenciosos familiares cada vez mais crescentes, não deve ser vista como finalidade, mas será, indubitavelmente, uma consequência da prática da mediação familiar.

Por todo o exposto, verificamos na mediação, diante da crise institucional do Poder Judiciário, a solução para a efetividade no trato dos litígios familiares, pois deposita nos envolvidos na demanda a responsabilidade de resolução da mesma, comprometendo-os a deixar de fora suas mágoas e decepções para juntos construir não apenas um acordo, mais um modo de vida pós-conjugal mais adequado à sua realidade.

3.4 O processo de mediação

Consolidando o presente trabalho, será verificado a seguir o processo de mediação, ou seja, a forma como deve funcionar a forma compositiva em estudo a fim de que possa atingir seus principais objetivos que são a consecução de acordos por via do consenso, aptos a por fim ao litígio estabelecido ou pelo menos a pacificação das partes envolvidas no mesmo.

Antes de passar-se à análise de sugestões de organização de um processo de mediação faz-se necessário lembrar suas principais características, quais sejam a flexibilidade, a voluntariedade e a informalidade, residindo na boa aplicação e observância destas o sucesso da utilização do instituto em análise. A mediação necessita ser flexível para não se manter a rigidez de opiniões, buscando-se a redefinição de pontos de vista a fim de chegar-se a um consenso, deve mais do que tudo ser voluntária, partindo do livre desejo das partes em entrar em consenso para solucionar seus problemas e, por fim, não seguir fórmulas estanques com o fito de se moldar os procedimentos aplicados às peculiaridades de cada caso.

O processo de mediação, de uma maneira geral, deve possuir uma fase introdutória, uma fase de coleta de informações pertinentes ao caso, uma fase de definição dos problemas a serem solucionados, uma fase de busca de soluções, uma fase de negociação e finalmente a redação do acordo. Podemos observar um exemplo do citado, conforme afirmado por Robles (2009, p. 75):

Como já foi exposto, o processo de mediação é flexível e informal. No entanto, geralmente, pode ser dividido em 7 (sete) fases: a introdução, a busca de informações, a definição do problema, o desenvolvimento de opções, a redefinição de posições, a negociação e a redação do acordo.

Outro bom exemplo de definição dos procedimentos a serem adotados no processo de mediação, é descrito por Eliedite Mattos Ávila (2004, p. 38):

Seis etapas ajudarão nas intervenções do mediador no processo de mediação familiar: a introdução ao processo de mediação, a verificação da decisão de separação ou de divórcio, a negociação das responsabilidades parentais, a negociação da divisão dos bens, a negociação das responsabilidades financeiras e, por fim, a redação do projeto de acordo. O processo segue uma ordem cronológica que não é rígida nem linear. Cada fase comporta os seguintes elementos: a identificação dos itens em litígio, a coleta de informações, a criação de opções e a tomada de decisão. Além disso, o processo de mediação exige um clima de confiança e uma relação positiva entre o mediador e os participantes, uma divulgação honesta das informações e o respeito pela equidade com o equilíbrio dos poderes. A mediação pressupõe entrevistas conjuntas em que se privilegiam os princípios de comunicação que exigem a participação de ambos os cônjuges.

A obra da qual foi extraído o texto acima, foi utilizada como base para criação do Serviço de Mediação Familiar, instituído por meio de uma resolução do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Em virtude disto, utilizaremos o modelo de faseamento apresentado acima para descrever o processo de mediação familiar.

Inicialmente temos a introdução ao processo de mediação, na qual o mediador trará o primeiro contato com os mediados apresentando-os ao conceito e a forma como se desenvolve o instituto em pauta. É de suma importância que o mediador seja claro e consiga fazer com que as partes entendam como funcionará o meio compositivo que escolheram para solucionar sua controvérsia. Também deve ocorrer o estabelecimento das regras a serem obedecidas durante o processo e o devido comprometimento das partes em segui-las. Finalmente é necessário que se crie um ambiente de confiança entre todos os envolvidos e que o encarregado do processo deixe transparente às partes que está no meio delas e não acima das mesmas.

Como segunda fase, temos a verificação da decisão de separação ou divórcio. Neste momento através da escuta das partes, bem como pelo diálogo entre as mesmas e entre estas e o mediador chegar-se-á a consolidação acerca da decisão ou não do rompimento conjugal. Em virtude do casal, estar profundamente abalado e desestruturado emocionalmente neste período de suas vidas, faz-se necessário que se acalmem os ânimos e se verifique se aquela decisão

tomada no calor do conflito deverá ser realmente mantida. Esta etapa então terá como principal finalidade confirmar a intenção do casal em terminar sua vida em comum ou não, para daí prosseguir-se com o processo ou interrompê-lo.

Dando sequência ao processo teremos a terceira fase denominada de negociação das responsabilidades parentais. Nesta parte do processo o mediador deverá empreender seus esforços para que o casal em rompimento esqueça os problemas que porventura tiverem entre si e foquem-se em como procederão para com seus filhos no prosseguimento de suas vidas, procurando observar-los com a devida prioridade, tendo em vista que serão pais para sempre. É nesta etapa que será estabelecida a forma da guarda, bem como o regime de visitas caso se opte pela guarda unilateral. Por fim, apesar do foco do trabalho nesta fase ser os filhos menores, deve-se ter cautela para não envolvê-los de forma substancial no trâmite processual, mais sim apenas ouvi-los a fim de melhor subsidiar a decisão a ser tomada.

A quarta etapa do processo é afeta à divisão dos bens. Esta fase processual tem cunho meramente patrimonial e técnico, pois independentemente da vertente consensual do procedimento em curso, deverá ser observado o regime de bens adotado pelo casal, bem como o pacto antenupcial, se for o caso, para que se respeite o equilíbrio na relação. No caso do mediador não ser advogado, é recomendável que haja o assessoramento de tal profissional.

Na quinta etapa do processo verificamos a negociação das responsabilidades financeiras. Neste momento processual, consoante ao recomendado acima, deve haver o assessoramento de um profissional do direito, se o mediador não o for, a fim de que o binômio necessidade-possibilidade fique bem delineado no que tange ao alimentante e ao(s) alimentado(s). O mediador então deverá conduzir o diálogo de maneira que possa se chegar a um valor de pensão alimentícia, exequível, dentro das possibilidades do alimentante, e que possa suprir a demanda do(s) alimentado(s).

Encerrando o processo de mediação ocorrerá a redação do acordo. Esta última etapa colocará no papel tudo que foi tratado durante a mediação, em termos jurídicos, para que seja homologado pelo juiz. Caso o mediador não seja advogado e, durante todo o processo, não tenha havido assessoramento de tal profissional, deverá ser levado os termos do acordo para a apreciação de algum, com vista que sejam corrigidas imperfeições e impossibilidades técnicas, formatando o mesmo de acordo com as lides jurídicas.

O sucesso do processo de mediação está intimamente ligado ao mediador, devendo este ter a sensibilidade e o cuidado necessários a conseguir, antes de mais nada, que o casal em dissenso abstenha-se de seus rancores e mágoas, com o fito de poderem restabelecer o diálogo produtivo na busca da solução do problemas ocorridos nesta fase difícil de transição. Fabiana Marion Spengler (2012, p. 7) bem descreve como deve ser conduzida a mediação familiar:

Nesses casos, o que se pode propor como ética particular ao mediador familiar em casos de rompimento das relações de afeto? a) primeiramente uma ética do tempo. A justiça e a prudência, neste domínio, consistem em prever o tempo que é necessário: nem muito pouco, pois se trata de respeitar as maturações necessárias; nem demais, pois se trata de não transformar as mediações em assistências passivas intermináveis; b) uma ética também de espaço. O mediador não tem de tomar partido, ele deve guardar suas distâncias para continuar a ver claramente. Não é neutralidade fria, mas é necessidade de evitar o sentimentalismo. O mediador deve estabelecer um terceiro espaço, ser ele mesmo este espaço intermediário. Convém também que o mediador estabeleça um campo claro, no qual ele faça estritamente a mediação e que não seja outra coisa além de um mediador: um advogado, por exemplo, ou um psicoterapeuta; c) enfim, uma ética da relação, na qual a mediação familiar seja primeiramente prevenção, que, como para a saúde, haja levantamentos de saúde familiar mediante os quais se possa apelar a um mediador com quem a família dialogaria pacificamente, antes mesmo que se declarasse um problema.

Finalizando o presente estudo, observamos na mediação uma nova forma de se buscar a pacificação social nas querelas familiares, na qual o papel principal na solução destas não reside no mediador, mais sim nos mediandos, pois os mesmos é que terão de, auxiliados pelo mediador, buscar soluções aos impasses surgidos entre si. Esta nova maneira de tratamento das lides familiares compromete e responsabiliza os cônjuges com a transformação de sua família e com seu salutar prosseguimento, configurando-se em, mais do que tudo, num meio essencialmente democrático de composição litigiosa.

CONCLUSÃO

Após o estudo realizado, podemos chegar a algumas conclusões. Em primeiro lugar, a jurisdição estatal tradicional não se presta a dar o tratamento adequado aos conflitos familiares. O porquê desta ineficácia está claramente definido na estrutura do Poder Judiciário e na formação profissional de seus atores, a saber, principalmente, juízes e advogados, e na carga absurda de processos que adentram todos os dias nos Fóruns do país. Tais óbices fazem com que não se tenha o tempo necessário para se trabalhar os casos de família e nem a postura adequada por parte dos operadores de direito para deles tratar, tendo em vista que juízes são formados para impor uma decisão para por fim a lide e advogados são formados para incentivar o litígio.

Em segundo lugar temos que o Direito de Família é um ramo especial do Direito, pois nele, mais do que em qualquer outro, está se lidando com pessoas, as quais encontram-se extremamente fragilizadas emocionalmente por assistir toda uma estrutura de família e de vida idealizada que ruiu a sua frente. Desta forma, nunca será a aplicação fria da lei, que é o que normalmente ocorre na forma de tratamento tradicional, que colocará fim ao litígio familiar. Não é a imposição de uma decisão pessoal do magistrado, embasada na lei, que resolverá os problemas de uma família desfeita, na medida em que este, por mais sensível que seja não terá o tempo e nem a formação adequados para entrar no cerne do problema que aflige a família em dissensão e solucioná-lo.

É necessário realizar o resgate da responsabilidade do casal em processo de separação com a solução para o deslinde de sua união conjugal, pois o mesmo é que possui as melhores condições de estabelecer o que é e não é viável para si e seus filhos. São estas pessoas que um dia nutriram sentimentos de paixão e amor entre si e que planejaram um futuro juntos que, por se conhecerem bem e a seus filhos, poderão dizer como será feita a transição de sua família. Portanto é o comprometimento dos cônjuges neste momento difícil que propiciará um processo de divórcio ou dissolução de união estável, menos traumático para si e seus filhos menores. Resumindo deve-se deixar de lado a cultura simplista e cômoda que nos está entranhada de deixar que um terceiro, no caso o juiz, resolva nossos problemas familiares.

Em terceiro lugar e fruto do que foi dito até agora, podemos concluir que a mediação é sim a forma compositiva mais adequada e eficaz para o tratamento das lides familiares. A mediação, por ser um meio compositivo no qual trabalha-se o consenso, resulta como o ideal

para resolver os problemas de família. O processo de mediação permite que o casal retome o diálogo e não um diálogo infrutífero pós-separação no qual normalmente busca-se apenas o culpado pelo fracasso da união, mais sim um diálogo objetivo, conduzido pelo mediador, no sentido de se esquecer as questões sentimentais do rompimento e se focar nas questões pendentes de solução.

Na mediação não há espaço para a opinião do mediador, mais sim para o levantamento de possibilidade de solução dos problemas pelos envolvidos no litígio. As soluções surgidas nela serão do casal em ruptura, e não de um terceiro que nunca os viu antes, como no caso do sistema judiciário, sendo, por isso, passíveis de um grau de efetividade que dificilmente seria alcançado por meio da resolução tradicional.

Não podemos nos enganar também que será fácil introduzir em nossa cultura a mediação, tendo em vista a vasta tradição litigiosa que possuímos, contudo há que se dar o primeiro passo, pois os tribunais Brasil afora estão abarrotados de processos, os quais, em sua maioria referem-se a questões de família. Desta feita, deve-se buscar a cultura do consenso, de uma forma geral, mais principalmente no Direito de Família, pois os acordos fruto da mediação, nos quais todas as partes ganham, serão aqueles respeitados e cumpridos e que geraram menor retorno ao sistema judiciário. Ainda é de relevância se ressaltar que o tratamento das controvérsias familiares por meio do meio compositivo em pauta, resultará em menores problemas no desenvolvimento dos filhos menores fruto da união conjugal desfeita, na medida em que farão um processo de transição em paz.

Por fim, é necessário que fique claro que a aplicação da mediação às causas de família não deve ter por fim apenas o desafogamento do Poder Judiciário, mais sim o tratamento diferenciado, adequado e digno a ser dispensado às famílias em processo de transformação, digo transformação porque quando existem filhos menores ela nunca será extinta, mais apenas modificada. A diminuição do volume de processos que abarrotam nossos tribunais será somente uma conseqüência da utilização da mediação no âmbito do Direito de Família, pois a implementação desta nova cultura de tratamento de conflitos fará gradualmente que mais e mais famílias procurem tal meio para a solução de suas querelas, deixando a jurisdição estatal livre para atuar naquelas causas que realmente necessitem de sua intervenção.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Eliedite Mattos. **MEDIAÇÃO FAMILIAR Formação de Base**. TJSC. Maio, 2004. Disponível : [http //www.tjsc.gov.br/institucional/mediacaofamiliar/apostilas.pdf.html](http://www.tjsc.gov.br/institucional/mediacaofamiliar/apostilas.pdf.html)>Acesso em: 18 Out 2012.
- WELTER, Belmiro Pedro.**Teoria Tridimensional do DIREITO DE FAMÍLIA**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos Fundamentais e Relações Familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **FAMÍLIA, SEPARAÇÃO E MEDIAÇÃO: UMA VISÃO PSICOJURÍDICA**. 3ª Edição Revista e Atualizada. São Paulo: Editora MÉTODO, 2011.
- SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação: Por uma Outra Cultura no Tratamento de Conflitos**. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.
- VADE MECUM**. 7ª Edição atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- DE MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!** 2ª Edição revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- Resolução** nº 125 de 29 de novembro de 2010. Disponível em :< [http//www.cnj.jus.br/atos administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucao/12243-resolucao-no-125-de-29 de novembro de 2010.html](http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucao/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010.html)>Acesso em: 18 Set 2012.
- SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Organizadores). **JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.
- CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos e Direito de Família**. 1ª Edição (ano 2003). 4ª Tiragem (ano 2006). Curitiba: Juruá Editora, 2006.
- TARTUCE, Fernanda. **MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS CIVIS**. Editora MÉTODO, 2008.
- ROBLES, Tatiana. **MEDIAÇÃO e DIREITO DE FAMÍLIA**. 2ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Ícone, 2009.
- THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Dignidade da Pessoa Humana e Mediação Familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- STANGHERLIN, Marli Beatriz Moura. **DA POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA E A EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**. Ijuí: UNIJUÍ, 2007. Monografia final do Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil.

SPENGLER, F. M. . O fim das relações amorosas: como mediar o litígio para ter uma convivência pacífica após a separação?. In: IBIAS, Delma Silveira. (Org.). Família e seus desafios : reflexões pessoais e patrimoniais. Família e seus desafios : reflexões pessoais e patrimoniais. 1ªed.Porto Alegre: Letra & Vida, 2012, v. 1, p. 243-250