

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS
LINHA DE PESQUISA CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

Ana Cristina da Costa

**A MEDIAÇÃO FAMILIAR ENQUANTO MECANISMO ADEQUADO NO
TRATAMENTO DE CONFLITOS E NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS FUNDAMENTAIS**

Santa Cruz do Sul
2016

Ana Cristina da Costa

**A MEDIAÇÃO FAMILIAR ENQUANTO MECANISMO ADEQUADO NO
TRATAMENTO DE CONFLITOS E NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, Área de concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Clovis Gorczewski

Santa Cruz do Sul

2016

Ana Cristina da Costa

**A MEDIAÇÃO FAMILIAR ENQUANTO MECANISMO ADEQUADO NO
TRATAMENTO DE CONFLITOS E NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS FUNDAMENTAIS**

Esta dissertação foi submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado; Área de Concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Dr. Clovis Gorczewski

Professor orientador – UNISC

Dr. Luiz Gonzaga Silva Adolfo

Professor examinador – UNISC

Dra. Elenise Felzke Sconardie

Professor examinador – UPF

Santa Cruz do Sul
2016

*Dedico esse trabalho ao meu marido José Cláudio e aos meus
filhos Gabriela e José Victor.*

AGRADECIMENTOS

A vida é cheia de ciclos, encerramos alguns para iniciarmos outros em seguida. O tempo irá passar independentemente de você planejar uma nova etapa ou não, ele sempre passa.

Pois bem, se passaram 2 anos e meio desde a seleção para o Mestrado e a conclusão, período de novas experiências, vivências, angústias e alegrias e também de crescimento e de conquistas de novos amigos.

O aprendizado é válido em qualquer momento da vida e devemos estar sempre dispostos a desenvolver novos conhecimentos, foi o que almejei ao iniciar esta caminhada.

Dedico um agradecimento especial para a conclusão deste trabalho ao meu marido José Cláudio, meu esteio, que sempre me apoiou, mesmo naqueles momentos em que eu pensava em desistir. Aos meus filhos Gabriela e José Victor que entenderam o período de afastamento da mãe e se orgulham do empenho e busca pelo conhecimento.

Ao meu Orientado o Professor Dr. Clóvis Gorczewski que me auxiliou em todos os momentos em minha pesquisa.

Aos meus colegas que me acompanharam até o final desta jornada em especial a Grazi, Cleidiane, Patrícia e também aqueles que adiaram por motivos pessoais este projeto, e também aqueles especiais que encontrei nesta jornada como Rodrigo Diehl.

Ao departamento de secretaria do Mestrado que sempre auxiliou a todos com muito carinho, Enívia, Rosana, Rosane.

Aos professores que dedicaram seu conhecimento e esforço para transmitir e desenvolver em cada um o seu potencial para que pudéssemos alcançar nosso objetivo final.

Vivemos um período de transformação de modelos de famílias, de justiça e das relações pessoais, e nossa família não poderia ser diferente, talvez tenha sido uma das inclinações para o início desta dissertação. A família atual é formada de pessoas que não tem necessariamente o mesmo tipo sanguíneo, são as famílias recompostas que se ajudam, respeitam, auxiliam e se amam. Digo isso, pois percebo que a base de todo o ser humano é sentir-se amado dentro deste contexto

e sentimos esse carinho dentro de nosso núcleo familiar. Portanto gostaria de agradecer aos meus irmãos, ao meu pai Ademar Antunes da Costa e em especial a pessoa que muito admiro profissionalmente e como ser humano, desde que conheci na pré-adolescência, e me acompanhou durante boa parte de minha vida, a querida Pós Dra. Marli Marlene M. da Costa, que através de muita dedicação alcançou destaque em todas as áreas em que atuou sendo reconhecida por seu trabalho, com a sensibilidade de tratar de temas tão atuais e presentes na vida cotidiana, sempre de maneira muito humana. Reconhecida internacionalmente por tratar de temas que auxiliam e esclarecem sobre a violência de gênero, proporcionando esclarecimento por onde passa, meu exemplo também como profissional e de vida.

RESUMO

Os conflitos se prolongam no Poder Judiciário e as partes aguardam um período considerável por uma solução, onde devido as complexidades das disputadas, decorrentes de uma sociedade multicultural, multiétnica, multi-religiosa eles se acirram e tornam-se mais complexos e o Estado continua sendo o mesmo, não conseguindo atender às demandas de modo célere e eficaz. Nesse cenário, o objetivo com a presente dissertação é realizar um estudo sobre a mediação familiar enquanto mecanismo adequado ao tratamento de conflitos familiares no mesmo instante em que possibilita a concretização dos direitos humanos fundamentais, ao analisar as perspectivas da advocacia quando da introdução dos princípios da mediação com as Leis nº. 13.105/2015 e nº. 13.104/2015. Desse modo, no primeiro capítulo dissertar-se-á sobre os direitos e garantias fundamentais do Direito das Famílias, iniciando com o estudo do Estado Democrático de Direito e a Constituição Federal a partir de princípios norteadores. Para na sequência, dialogando com as questões contemporâneas que envolvem o Direito das Famílias, assentar as bases do processo de constitucionalização que esse ramo do direito vem construindo. Diante desse contexto, o segundo capítulo abordará o conflito familiar e os novos enfoques enquanto mecanismos adequados ao seu tratamento, tendo por base o conflito na sociedade atual. Construídas essas premissas básicas, o terceiro e último capítulo focar-se-á na mediação familiar enquanto um dos métodos consensuais de tratamento de conflitos, iniciando com a contextualização história e o seu processo de construção para na sequência ingressar no papel do mediador na condição de processo autônomo e democrático e, por fim, sistematizar-se-á e analisar-se-á os dados obtidos pela aplicação de um questionário junto a advogados atuantes na área familiar da Comarca de Santa Cruz do Sul sobre a sua percepção quanto do ingresso da Lei nº. 13.105/2015, especialmente na parte dos métodos alternativos à jurisdição. Assim, como instrumento de sistematização utilizo o método hipotético-dedutivo, baseado em pesquisa bibliográfica e entrevistas por meio de questionário elaborado, realizando assim uma análise empírica.

Palavras-chave: Direitos humanos fundamentais; Lei n. 13.105/2015; mediação familiar; tratamento de conflitos.

ABSTRACT

Conflicts extend the judiciary and the parties await a considerable period for a solution where due to complexities of disputes arising from a multicultural society, multiethnic, multireligious they incite and become more complex and the state remains the same, unable to meet the demands in a swift and efficient way. In this scenario, the aim of this dissertation is to conduct a study about family mediation as appropriate mechanism to the processing of family conflicts at the same time that enables the concretion of fundamental human rights, in analyzing the prospects of advocacy when the introduction of the principles of mediation with the Laws no. 13,105/2015 and no. 13,140/2015. Thus, the first chapter will be lecture on fundamental rights and guarantees of Family law, starting with the study of democratic rule of law and the Federal Constitution from guiding principles. For a result, dialoguing with contemporary issues involving the family law lay the foundations of the constitutional process that this branch of law has been building. In this context, the second chapter will approach the family conflict and new approaches as appropriate mechanisms to its treatment, based on the conflict in society today. Built these basic premises, the third and final chapter will be focusing on family mediation as one of the consensus methods of treatment of conflicts, starting with the context history and its construction process for following joining the mediator's role in the condition of autonomous and democratic process and, finally, it will be systematic and analyzing the data obtained by applying a questionnaire to active lawyers in the family area of the District of Santa Cruz do Sul on their perception of the ingress of Law n. 13,105/2015, especially on the part of alternative methods to jurisdiction. Thus, it will be used the hypothetical-deductive method as systematic tool, based on literature.

Keywords: Fundamental human rights; Law n. 13,105/2015; family mediation; treatment of conflicts.

SUMÁRIO

	CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	11
1	DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE AO DIREITO DAS FAMÍLIAS.....	16
1.1	O Estado Democrático de Direito e a Constituição Federal: princípios norteadores dos direitos e garantias fundamentais.....	16
1.1.1	Princípio da dignidade da pessoa humana ou do respeito da dignidade da pessoa humana.....	22
1.1.2	Princípio da afetividade.....	22
1.1.3	Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros	23
1.1.4	Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos	23
1.1.5	Princípio do pluralismo familiar	25
1.1.6	Princípio da convivência familiar	25
1.1.7	Princípio da consagração do poder familiar ou da igualdade na chefia familiar	26
1.1.8	Princípio da liberdade.....	27
1.1.9	Princípio da solidariedade familiar.....	28
1.1.10	Princípio da plena proteção das crianças e adolescentes.....	29
1.1.11	Princípio da função social da família	29
1.1.12	Princípio da proibição do retrocesso.....	30
1.2	Direitos das Famílias: questões basilares na sociedade contemporânea	31
1.3	A constitucionalização do Direito das Famílias: um processo em construção.....	39
2	O CONFLITO FAMILIAR E AS NOVAS ABORDAGENS ENQUANTO MECANISMOS ADEQUADOS AO SEU TRATAMENTO	47
2.1	O conflito na sociedade contemporânea e seu tratamento pela via tradicional.....	47
2.2	A busca por novos mecanismos de tratamento adequado aos conflitos da seara familiar por meio das políticas públicas	51
2.3	A concretização dos direitos humanos fundamentais ao tratamento adequado aos conflitos: uma análise dos métodos consensuais	60
3	A MEDIAÇÃO FAMILIAR ENQUANTO MECANISMO ADEQUADO AO	

	TRATAMENTO DE CONFLITOS: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DE ADVOGADOS NA COMARCA DE SANTA CRUZ DO SUL	71
3.1	Mediação familiar: origem, natureza jurídica e objetivos	72
3.2	O papel do mediador familiar: um processo autônomo e democrático.....	80
3.3	A mediação familiar na advocacia: uma pesquisa realizada com advogados atuantes na seara do Direito das Famílias da Comarca de Santa Cruz do Sul	90
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	99
	REFERÊNCIAS.....	102
	ANEXO A – Compilado da Lei nº. 13.105/2015 nos trechos de referência a mediação e demais métodos consensuais de tratamento de conflitos	110
	ANEXO B – Questionários aplicados.....	120

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na sociedade contemporânea vive-se constantemente sob um paradoxo, onde por um lado tem-se o aperfeiçoamento das ciências e das técnicas, por outro as perturbações e inquietudes desencadeadas pelo descontrole da velocidade e do progresso. Com o avanço da globalização em todas as sociedades, a mesma pode ser compreendida como um fenômeno antagônico, uma vez que é vista por alguns como algo bom, porém para outros como algo que prejudica o desenvolvimento da sociedade.

Todo esse processo de transformação (re)produz um sentimento de felicidade e infelicidade, no momento em que afeta a todos os indivíduos na mesma medida, e desse modo, tanto divide quanto une, todavia divide enquanto une. Estamos inseridos em um mundo cada vez mais globalizado, em que a globalização impõe as regras do jogo, aqueles que não têm acesso ao jogo, estão excluídos desse contexto.

Diante desse cenário, a presente dissertação tem como problema a ser analisado a possibilidade da mediação familiar, enquanto mecanismo adequado ao tratamento de conflitos, atuar na condição de concretizadora dos direitos humanos fundamentais no momento em que instiga e favorece um cenário alternativo e emancipatório para a atuação dos métodos consensuais de tratamentos dos conflitos familiares.

Sendo assim, como caminho de resposta a tal problemática, o estudo foi dividido em quatro momentos, onde no primeiro capítulo debruça-se sobre o estudo dos direitos e das garantias fundamentais das famílias, realizando inicialmente uma construção sobre o Estado Democrático de Direito enquanto instrumento de criação e manutenção de uma sociedade justa e solidária que protege ao mesmo tempo em que promove os direitos humanos e as garantias fundamentais de seus cidadãos introduzidos em um ambiente de desafios e perspectivas advindas com o século XXI.

Com o advento da Constituição da Federal de 1988, mais precisamente a imersão interpretativa dos princípios constitucionais nas legislações codificadas, admite-se atualmente a ruptura da dicotomia entre o direito público e o privado, uma vez que essa separação não corresponde as demandas sociais, sendo a

interpretação que inicialmente tinha-se estava muito atrelada a literalidade da lei, a rigidez, a imutabilidade, deixando as constituições muitas vezes de lado, por consequência desse fenômeno, os princípios do Direito das Famílias exercem um papel fundamental na atualidade, o qual são estudados de forma minuciosa.

Diante desses desafios proporcionados pelo processo de globalização das sociedades contemporâneas e seus reflexos no estudo da ciência jurídica, o segundo capítulo enfrenta a questão da delimitação do conflito familiar e as suas novas abordagens enquanto mecanismos adequados ao seu tratamento, iniciando com análise do conflito na sociedade contemporânea e a sua gestão pela via tradicional.

Dessa feita, o conflito pode ser compreendido como algo inerente a convivência humana, constituindo-se como parte de sua história. Portanto, deve ser encarado sob um prisma positivo, de coesão social e integração capaz de promover grandes transformações na sociedade. O destino que esse conflito a ser trabalhado irá traçar, poderá ser construtivo ou destrutivo, dependendo quase que exclusivamente do mecanismo utilizado para o seu tratamento, no momento em que se utilizar um método inadequado as consequências serão nefastas, porém se empregado um meio adequado resultará em aperfeiçoamento e emancipação dos indivíduos envolvidos e das sociedades.

Entretanto, ao judiciário confere-se a competência de julgar e dirimir os conflitos em sociedade, garantido aos seres humanos seus direitos, liberdades, anseios, mas seu funcionamento tem recebido severas críticas, pois com a globalização o Estado moderno passou por várias modificações e o formalismo do judiciário muitas vezes visto como restrição de direitos, quando não corresponde aos anseios dos cidadãos. A maioria destes conflitos quando não sanados são levados ao judiciário na busca de soluções e de garantia dos direitos. Muitas vezes a questão principal que está implícita nos conflitos não é solucionada, e os cidadãos sentem-se frustrados quanto ao resultado alcançado, resolvendo a lide, mas não o problema em si.

Diante do atual cenário mundial de crise política, social e econômica, surge a necessidade de afastar o fatural cenário de alienação social, de indiferença, de apatia e principalmente o desinteresse dos indivíduos, encontrando meios de integração que favoreçam a corresponsabilidade e a confiança dos cidadãos em suas

comunidades e famílias, com o principal objetivo de instigar e construir uma cultura de instituição dos métodos consensuais de tratamento de conflitos familiares objetivando a concretização dos direitos humanos fundamentais por intermédio das políticas públicas.

Nesse debate surge a ideia, como alternativa viável para o Estado, de uma nova proposta para o tratamento dos conflitos com a utilização da mediação familiar, calcada na teoria dos direitos humanos fundamentais, oportunizando o diálogo entre as partes com o aval do Estado, rompendo com um paradigma do positivismo estritamente legalista para uma abertura importante da discussão da influência dos direitos humanos e de suas garantias na esfera jurídica. É por meio de novas instâncias para o tratamento de conflitos familiares baseadas na confiança, na imparcialidade, rapidez, descentralização entre outras possibilidades que poder-se-á desenvolver a democracia e a cidadania através de uma política social mais “adequado” para tomada de decisões.

Com base nos institutos já verificados, o terceiro capítulo propõe-se aprofundar o estudo da mediação familiar enquanto mecanismo adequado ao tratamento de conflitos, realizando uma análise dos dados levantados no que se refere a aplicação desse instituto, mediante um questionário aplicado a advogados atuantes na área da família na comarca de Santa Cruz do Sul.

Desse modo, inicialmente trabalha-se com a mediação familiar enquanto reelaboradora do papel dos conflitos e dos conflitantes o que acaba por redesenhar um futuro baseado em novos paradigmas, uma vez que propõe o desenvolvimento e o progresso dos cidadãos, através da autodeterminação e da presença e participação ativa dos litigantes. E que, a partir disso, torna-se um instrumento de realização de uma justiça efetivamente democrática e justa que vise à emancipação do sujeito e o correto tratamento dos conflitos familiares, rearticulando a nova pirâmide: conflito familiar, justiça e tratamento.

Na construção desse processo de tratamento de conflitos, o mediador familiar desempenha um papel essencial diante de sua postura democrática e considerada autônoma, no momento em que ele não é um julgador, porém possui a finalidade básica de aproximar os conflitantes para que possam alcançar o consenso. As disputas entre cônjuges, pais e filhos e entre companheiros, na maioria dos casos, surgem dos conflitos que degradam as relações familiares.

Outro fator social que desempenha um papel fundamental no alcance de resultados satisfatórios por meio da mediação familiar é o advogado, uma vez que atua como fomentador, sendo assim, o seu conhecimento acerca dos procedimentos e aplicação são fundamentais para o sucesso da técnica agora também trazida pela Lei nº. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil Brasileiro).

Nesse contexto, com a finalidade de fundamentar a atual dissertação no sentido da necessidade de uma forte atuação do Poder Público na capacitação de seus agentes acerca da mediação familiar, o último tópico apresenta os resultados relativos aos questionários aplicados a advogados atuantes na seara familiar no que se refere as perspectivas e possibilidades atuais da mediação familiar. O referido questionário foi aplicado a 11 (onze) advogados de diferentes escritórios da comarca de Santa Cruz do Sul com larga trajetória de atuação no campo familiar, no qual, de forma anônima, responderam a um levantamento contendo 5 (cinco) questionamentos.

Cabe ressaltar que todo e qualquer esforço na propositura de uma nova cultura no tratamento de conflitos familiares, calcada na participação ativa, democrática e autônoma dos envolvidos, deve merecer no mínimo uma atenção especial tanto por parte da sociedade quanto do ente público, objetivando a concretização dos direitos humanos fundamentais das famílias brasileiras.

O presente trabalho vincula-se diretamente com a linha de pesquisa “Constitucionalismo Contemporâneo”, uma vez que busca balizar as perspectivas e possibilidades da aplicação da mediação familiar enquanto mecanismo alternativo de tratamentos dos conflitos na concretização dos direitos e garantias fundamentais. Tendo em vista que os novos métodos consensuais, estão elencados no Novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei nº. 13.105/2015), e produzem valores e práticas democráticas que são condizentes com os mandamentos constitucionais é diante desse cenário de desafios e perspectivas que a atual dissertação é apresentada.

E por fim, para a sua construção utilizar-se-á o método hipotético dedutivo como metodologia de abordagem, já que consiste na adoção tanto do procedimento racional quanto do procedimento experimental. E dessa forma, a pesquisa desenvolver-se-á sobre preposições hipotéticas que se acredita serem viáveis. No que concerne às técnicas, o aprofundamento do estudo será realizado a partir de

levantamento de dados oriundos dos questionários aplicados e em pesquisa bibliográfica, baseada em dados secundários, como livros, coletâneas e artigos científicos publicados especialmente em revistas qualificadas.

1 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE AO DIREITO DAS FAMÍLIAS

O sistema jurídico brasileiro hoje encontra-se sob a égide da Constituição Federal, promulgada em 1988, com a finalidade precípua de atender aos anseios e aspirações de uma sociedade que queria mudar o cenário político, jurídico e social vivido há tempos. Chamada de Constituição Cidadã, a CF/88 trouxe em seu bojo uma gama de princípios e garantias fundamentais que protegem o indivíduo perante ao Estado a própria sociedade, tendo como um dos princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana.

Esse importante instrumento tratou também da ordem social de maneira a garantir o bem-estar e a justiça social. Para isso, estabeleceu que, dentre outras instituições, a família receberia especial proteção do Estado, além de reconhecê-la como base da sociedade. Tamanha é a sua importância, que se torna necessário em qualquer estudo sobre o Direito das Famílias, antes fazer algumas considerações elementares acerca das disposições constitucionais em relação à família.

Com isso, tratar-se-á inicialmente neste capítulo dos princípios constitucionais norteadores do Direito das Famílias levando em consideração o marco temporal da Constituição Federal de 1988 e a instituição do Estado Democrático de Direito, para na sequência dissertar questões basilares na sociedade contemporânea do Direito das Famílias. E ao final do capítulo, verificar e analisar o processo de constitucionalização do Direitos das Famílias enquanto fenômeno em plena construção.

1.1 O Estado Democrático de Direito e a Constituição Federal: princípios norteadores dos direitos e garantias fundamentais

É por intermédio do Estado que diversas formas do exercício de poder nas mais diferentes esferas sociais e políticas correlacionam-se ao monopólio da violência a possibilidade que detém, seja em última instância, de impor esse poder. Dessa forma, as redes de comunicação processam a estruturação do real significado em que se fundamenta o poder, o Estado então passou a instituir a

denominada rede padrão com a finalidade do correto funcionamento das demais redes de poder (CASTELLS, 2013).

Diante desse cenário, o Estado Democrático de Direito tem por objetivo essencial a garantia da legitimidade, devendo ser compreendido em sua forma mais ampla, abarcando desde a própria origem do poder, transitando pela execução de seu exercício até alcançar a finalidade enquanto Estado soberano. Desse modo, tem por fundamento os princípios basilares da Revolução Francesa, a saber: liberdade, igualdade e fraternidade.

Nesse contexto, analisando as transformações ocorridas tanto na América quanto na Europa em razão da Revolução Americana e da Revolução Francesa, respectivamente, pode-se perceber a presença do Estado de Direito como sendo uma forma de Estado legitimado constitucionalmente, onde todo o ordenamento jurídico está subordinado a uma norma superior, em muitos casos as Constituições Políticas. Sendo assim, ao descrever a Constituição de um Estado a partir de sua concepção formal e rígida, contendo a separação dos poderes e a proteção de direitos e garantias sociais e individuais, acreditou-se que seria um mecanismo suficiente para impedir o abuso de poder, ao limitá-lo.

Entretanto, essa tentativa de restringir o poder do soberano prontamente se mostrou uma utopia de ideários liberais, onde mesmo sendo a legislação criada por agentes da sociedade investidos no Poder Legislativo, atuando em nome da população e tendo como principal objetivo a busca pelo interesse público, não foram poucos os casos em que tais legislações afrontavam diretamente a Constituição, usurpando direitos e garantias fundamentais.

Nesse ambiente, importante o pensamento de Castells (2013) ao assegurar que as relações de poder nas sociedades existem como forma de agentes construírem instituições de acordo com os seus valores e interesses. Portanto, o poder é exercido por intermédio da

coerção (o monopólio da violência, legítima ou não, pelo controle do Estado) e/ou pela construção de significado na mente das pessoas, mediante mecanismos de manipulação simbólica. As relações de poder estão embutidas nas instituições da sociedade, particularmente nas do Estado. Entretanto, uma vez que as sociedades são contraditórias e conflitivas, onde há poder há também contrapoder, que considero a capacidade de os atores sociais desafiarem o poder embutido nas instituições da sociedade com o objetivo de reivindicar a representação de seus próprios valores e interesses (CASTELLS, 2013, p. 10, grifo original).

Desse modo, esse contrapoder reflete diretamente nas relações de poder e em suas limitações, quando se apresentada como um instrumento de negociação entre o conflito e a barganha. Portanto, segundo Castells (2013) a real configuração do Estado, atrelado as suas instituições, depende constantemente da integração e do diálogo entre o poder e o contrapoder.

E como ferramenta capaz de proteger os direitos e garantias dos cidadãos e das famílias por meio da hierarquia das normas constitucionais contra o arbítrio político e as violações aos direitos humanos, criou-se o controle de constitucionalidade¹. Utilizado inclusive para concretizar a supremacia da Constituição diante das demais legislações, essencialmente quando normativas criadas pelo poder legislativo/executivo violassem os próprios parâmetros por ela elencados.

À vista disso, ao se verificar a ocorrência de um ato particular procedente da atividade legislativa irreconciliável e violador de normas preestabelecidas pelo povo, “aquele que tiver validade e obrigatoriedade superiores deve, certamente, ser preferido; ou, em outras palavras, a Constituição deve ser preferida à lei: a intenção do povo, à intenção dos seus agentes” (MADISON; HAMILTON, 1993, p. 478).

Diante disso, todo esse processo de limitação do poder do Estado perante a proteção e garantia dos direitos humanos fundamentais viu-se consolidada com a

¹ Exemplo da atuação do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal dentro da seara do Direito das Famílias: “TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas” (BRASIL, 2011, online).

passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito e desencadeando o surgimento do Estado Democrático de Direito e com ele o nascimento da denominada terceira dimensão dos direitos humanos, compreendidas como sendo direitos de solidariedade em que a titularidade não se concentra na mão do Estado, mas sim nas mãos de toda a sociedade.

Nesse contexto, Sarlet (2007) destaca que trazem como principal característica o desprendimento, em princípio, da figura do indivíduo singular como o seu detentor, para a proteção de determinados grupos humanos (família, povo, nação) ou de grupos indeterminados – titularidade coletiva ou difusa. Do mesmo modo, cuida-se na verdade do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de globalização, o que ocasiona grandes reflexos na esfera dos direitos humanos fundamentais.

Por consequência, os direitos humanos fundamentais de terceira dimensão, não são oriundos de normas atributivas de direitos, mas sim “de normas de proteção, que impõem ou proíbem condutas, postulando tutela jurídica adequada para sua manutenção, uma que não se mostra adequado o ressarcimento pelo equivalente pecuniário” (PAROSKI, 2008, p. 118). Contrário do que ocorre em situação onde a lesão atinge direitos consagrados em normas (regras e princípios) atributivas de direitos individuais.

Diante da consagração dos direitos de terceira dimensão e da constante consolidação do Estado Democrático de Direito, tem-se a tendência da política em alcançar seus objetivos finalísticos da maneira mais livre possível, e por conta disso, compreendido como uma estrutura aberta a revisão, uma vez que se encontra em um modelo maleável.

Nesse contexto, nas palavras de Soares (2001, p. 306) o Estado Democrático de Direito distribuiu de forma igualitária o poder e racionaliza-o,

domesticando a violência, convertendo-se em império das leis no qual se organiza autonomamente a sociedade. Este tipo de Estado não é uma estrutura acabada, mas uma assunção instável, recalcitrante e, sobretudo, falível e revisável, cuja finalidade é realizar novamente o sistema de direitos nas circunstâncias mutáveis, ou seja, melhor interpretar o sistema de direito, para institucionalizá-lo mais adequadamente e para configurar o seu conteúdo mais radicalmente.

Dessa forma, a Constituição da Federal de 1988 instituiu uma nova ordem constitucional, estabelecendo em seu artigo primeiro que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. E para que esses fundamentos se concretizem é imprescindível que todo o poder emane do povo, podendo ser exercido por representantes eleitos, tendo por finalidade a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Além disso, importante lembrar que a democracia enquanto regime de governo tem por intuito disciplinar o exercício do poder com o objetivo de proteger os cidadãos do autoritarismo. Deste modo, de acordo com Diaz (1978, p. 45) “é o Estado Democrático de Direito que se apresenta como organização político-estatal possibilitadora de uma legalidade legítima, que se funda nos direitos fundamentais criados soberanamente pelo próprio povo, destinatário e coautor da ordem jurídica”. Sendo nesse Estado que a autonomia política investe contra a arbitrariedade de um poder por meio de sua domesticação pelo direito.

Portanto, partindo da existência de um processo de democratização do Estado e da sociedade, consagrado na base de uma sociedade democrática de direito, que por sua vez está atrelada a percepção da soberania e da participação popular, que pode ser exercida tanto em sua forma direta quanto indireta, é que o novo modelo experimental de estado e de sociedade civil, nas palavras de Leal (2006, p. 153),

a função do primeiro não é só garantir a igualdade de oportunidades aos diferentes projetos de institucionalidade democrática, mas também garantir padrões mínimos de inclusão que tornem possível à cidadania ativa criar, monitorar, acompanhar e avaliar o desempenho dos projetos de governo e proteção da comunidade. Esses padrões mínimos de inclusão são indispensáveis para transformar a instabilidade institucional em campo de deliberação democrática.

Nesse sentido, ademais da Constituição atual instituir o Estado Democrático de Direito, fundamento na criação e manutenção de uma sociedade justa e solidária que protege ao mesmo tempo em que promove os direitos humanos e as garantias fundamentais, também assegura diante dos desafios da atual sociedade

contemporânea o Direito das Famílias.

Onde, a Constituição enquadra-se enquanto norteadora das relações humanas, entre elas as familiares, as quais são regulamentadas pelos princípios e garantias fundamentais, que estão previstas em seu texto constitucional. Esses princípios têm aplicação imediata a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, onde segundo Paulo Bonavides (2010, p. 237), “os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional”.

Segundo a Maria Berenice Dias (2010, p. 61) é no Direito das famílias “onde mais se sente o reflexo dos princípios eleitos pela Constituição Federal, que consagrou como fundamentais valores sociais dominantes”. Desse modo, os princípios que estruturam o Direito das Famílias “não podem distanciar-se da atual concepção da família, dentro de sua feição desdobrada em múltiplas facetas”. Os princípios do Direito das Famílias têm como fonte essencial, a Constituição Federal de 1988, sendo até chamados de princípios constitucionais, vez que, advindos com base no texto constitucional, que é garantidora de direitos e garantias fundamentais (SILVA, 2010)

De tal modo, a Constituição Federal amplia a proteção do Estado à família, promovendo a mais profunda modificação de que se tem dos últimos tempos, entre as constituições mais recentes de outros países. Assim, alguns efeitos merecem ser demonstrados, como aqueles trazidos por Lobo (2011, p. 35)

[...] a) a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições; b) a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações; c) os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebem primazia sobre os interesses patrimonializantes; d) a natureza socioafetiva da filiação torna-se gênero, abrangente das espécies biológica e não biológica; e) consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos; f) reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal; g) a família configura-se no espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros.

De modo a compreender todo o sistema jurídico que envolve o Direito das Família, abordar-se-á alguns princípios basilares da área e essenciais ao presente estudo, quais os princípios da dignidade da pessoa humana; afetividade; igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros; bem como da igualdade jurídica de todos os filhos; pluralismo familiar; convivência familiar; liberdade; consagração do

poder familiar; solidariedade familiar; plena proteção das crianças e adolescentes; função social da família; e por fim o princípio da proibição do retrocesso.

1.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana ou do respeito da dignidade da pessoa humana

Trata-se de um dos princípios basilares do atual período constitucional, que vem expresso no seu art. 1º, III² onde, de acordo com Diniz (2008, p. 23) constitui-se como a “base da comunidade familiar (biológica ou socioafetiva), tendo por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente”.

Como também assinala Gustavo Tependino e Gonçalves (2011, p. 22, grifo no original) ao assegurar que é milenar a proteção que as famílias detêm enquanto instituição,

[...] unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. De outra forma, aduz, não se consegue explicar a proteção constitucional às entidades familiares não fundadas no casamento (art. 226, § 3º) e às famílias monoparentais (art. 226, § 4º); a igualdade de direitos entre homem e mulher na sociedade conjugal (art. 226, § 5º); a garantia da possibilidade de dissolução da sociedade conjugal independentemente de culpa (art. 226, § 6º); o planejamento familiar voltado para os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º) e a previsão de ostensiva intervenção estatal no núcleo familiar no sentido de proteger seus integrantes e coibir a violência doméstica (art. 226, § 8º).

O referido princípio encontra na família o solo apropriado para florescer, quando a Constituição Federal dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem e que, de acordo com Gama (2003) a propagação das entidades familiares conserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares, sendo o afeto, a solidariedade, união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe.

1.1.2 Princípio da afetividade

² A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III- a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988, online).

Este princípio vem sendo considerado o principal fundamento das relações familiares. “Mesmo não constando a expressão afeto no Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana” (TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 47).

Paulo Lôbo (2011), identifica quatro fundamentos essenciais que estão na atual Constituição Federal, no que se relaciona ao princípio da afetividade a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).

O afeto é fruto da convivência e não somente dos laços sanguíneos, a título de exemplo tem-se quando “o marido reconhece como seu o filho de sua mulher, estabelecendo um vínculo de afeto, não poderá, depois de aperfeiçoada a socioafetividade, quebrar esse vínculo. Como se diz, ‘pai é aquele que cria’” (TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 49).

1.1.3 Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros

O princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges e companheiros é expresso no artigo 226, § 5º³ da Constituição Federal e no art. 1.511⁴ do Código Civil. Contudo, essa regulamentação instituída finalizou com um histórico de poder marital e com o aprisionamento da mulher nas residências, servindo somente para as tarefas domésticas e a reprodução humana. Onde o patriarcalismo não mais se coaduna, de modo efetivo, “com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente vinculada às funções da mulher na família e

³ Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁴ O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

referenda a evolução moderna, confirmando a verdadeira evolução no campo social” (GONÇALVES, 2011, p. 23).

Como se verifica esse princípio ingressou no ordenamento com a principal finalidade que homens e mulheres tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, como se depara no art. 5º, I, da Constituição Federal⁵. Nesse mesmo entendimento Silva (1999, p. 226) assevera que

[...] o sexo sempre foi um fator de discriminação. O sexo feminino sempre esteve inferiorizado na ordem jurídica, e só mais recentemente vem ele, a duras penas, conquistando a posição paritária, na vida social e jurídica à do homem. A Constituição, como vimos, deu largos passos na superação do tratamento desigual fundado no sexo, ao equiparar os direitos e obrigações de homens e mulheres.

Pode-se ainda, citar alguns artigos do Código Civil que encontra-se em consonância com referido princípio: artigo 1.511, o qual estabelece os direitos e deveres dos cônjuges⁶; artigo 1.567, a mútua colaboração dos cônjuges⁷; artigo 1.566, os deveres recíprocos atribuídos a marido e a mulher⁸; artigo 1.565, § 1º, o acréscimo do sobrenome de um dos cônjuges ao outro⁹.

1.1.4 Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos

Esse princípio declara que todos os filhos são iguais perante a lei, os havidos dentro ou fora do casamento, estando consubstanciado no artigo 227, § 6º¹⁰, da Constituição Federal e no art. 1.596 do Código Civil. Desse modo, não se admite mais a distinção antiga entre filhos legítimos, naturais e adotados, no que se refere a nomes, prenome, poder familiar, obrigação alimentar, sucessões ou qualquer outra distinção. Da mesma forma que “proíbe que conste no assente do

⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

⁶ O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

⁷ A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

⁸ São deveres de ambos os cônjuges: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos;

⁹ Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. § 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro.

¹⁰ Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

nascimento qualquer referência à filiação ilegítima; e veda designações discriminatórias relativas à filiação” (GONÇALVES, 2011, p. 24).

Como percebido, esta dessa maneira superada a discriminação entre os filhos, pois todos são iguais juridicamente, o que repercute, de acordo com Tartuce e Simão (2010, p. 38) tanto no campo patrimonial quando no pessoal, não sendo admitida qualquer forma de distinção jurídica, sob as penas da lei”.

1.1.5 Princípio do pluralismo familiar

Esse princípio é caracterizado na diversidade de família, que é expresso por aquele ditado *filho meu, filho teu, filho nosso*, sendo assim referido como “à diversidade de hipóteses de constituição de comunhão familiar, podendo o núcleo familiar ser constituído não apenas pelo casamento, mas também por maneiras diversas” (SILVA, 2010, p. 08).

Nesse contexto tem-se que a sociedade e até mesmo as próprias famílias vivem em constantes adaptações e transformações o que de acordo com Silva (2010, p. 8)

[...] acaba por gerar novas buscas para novos conceitos, princípios e leis que disciplinem o assunto; tanto é assim, que se analisarmos a própria evolução do direito de família, observamos que primeiramente a única maneira de se constituir família era através do matrimônio; após, decorrido certo lapso temporal se viu a necessidade de ir além, quando então passou a ser reconhecida à união estável; assim, observamos que este princípio da pluralidade familiar abarca essa diversidade de entidades familiares, sendo ainda que muito embora anteriormente fosse raro, hoje é comum vermos famílias monoparentais, onde um membro da família seja ele o pai ou a mãe convive sozinho com seu filho.

A vista disso, na mesma compreensão Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 103), assegura que “o princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares”.

1.1.6 Princípio da convivência familiar

No que se refere ao princípio da convivência familiar, este por sua vez provém da relação afetiva duradoura entre as pessoas que compõem o grupo

familiar, sendo por laços de parentesco ou não. “É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças” (LÔBO, 2011, p. 74).

O direito à convivência familiar, tutelado pelo princípio e por regras jurídicas específicas, particularmente no que respeita à criança e ao adolescente, é dirigido à família e a cada membro dela, além de o Estado e à sociedade como um todo. Por outro lado, a convivência familiar é o substrato da verdade real da família socioafetiva, como fato social facilmente aferível por vários meios de prova. A posse do estado de filiação, por exemplo, nela se consolida. Portanto, há direito à convivência familiar e direito que dela resulta (LÔBO, 2011, p. 74).

1.1.7 Princípio da consagração do poder familiar ou da igualdade na chefia familiar

Este princípio é visto como o poder exercido conjuntamente por ambos os cônjuges/genitores, desaparecendo um poder somente paterno ou somente materno, como visto no pátrio poder. Desse modo, vem demonstrado nos artigos 1.630 a 1.638 do Código Civil¹¹ e artigos 226, § 5º, 227, § 7º, da Constituição

¹¹ Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo. Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos. Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor. Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III - pela maioridade; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638. Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável. Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas

Federal de 1988.

Nessa compreensão, Tartuce e Simão (2010, p. 42) explicam que esse princípio decorre do princípio da igualdade entre os cônjuges, no momento em que “pode ser exercida tanto pelo homem quanto pela mulher em um regime democrático de colaboração, podendo, inclusive, os filhos opinar (conceito de família democrática). Substitui-se uma hierarquia por uma diarquia”.

Assim sendo, pode-se utilizar a expressão despatriarcalização do Direito de Família, já que a figura paterna não exerce o poder de dominação do passado. O regime é de companheirismo, não de hierarquia, desaparecendo a ditatorial figura do pai de família (*pater familias*), não podendo sequer ser utilizada a expressão pátrio poder, substituída, por poder familiar (TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 42, grifo original).

De tal modo, pode-se verificar que esse princípio surge com a principal finalidade de equilibrar a relação familiar, colocando um pressuposto necessário na constituição das famílias.

1.1.8 Princípio da liberdade

Consiste na livre iniciativa que cada pessoa tem de constituir uma família seja pelo casamento ou união estável, sendo proibido a qualquer pessoa de direito público ou privado interferir na comunhão de vida instituída pela família, como está previsto no artigo 1.513 do Código Civil. Esse princípio também abrange a livre decisão do casal no planejamento familiar, podendo intervir o Estado somente para propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito; a livre aquisição e administração do patrimônio familiar, consistente na escolha do regime de bens; a liberdade de escolha das bases educacionais, religiosas e culturais dos filhos; e a livre conduta, sempre respeitando os integrantes da família (GONÇALVES, 2011).

Daniel Sarmiento (2005, p. 188) ensina que esse princípio tem como fundamento “a concepção do ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter a razão, capaz de guiar-se de acordo com estas escolhas”, sem contudo que elas interfiram no direito e na escolha de terceiros, tão pouco violem valores relevantes a comunidade que

estão inseridos.

Assim sendo, tem-se, por exemplo, os casos de escolher com quem ficar, com quem namorar, com quem ter uma união estável ou com quem casar, falando assim da autonomia privada, de modo óbvio. “O princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção” (LÔBO, 2011, p. 70).

1.1.9 Princípio da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade familiar pode ser compreendido a partir de seu caráter fundamental trazido pelo atual texto constitucional, no momento em que busca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. E por decorrência, esse princípio acaba por influenciar, em um grau interessante, nas relações familiares.

Desse modo, Tartuce e Simão (2010, p. 37) são defensores dessa corrente ao trazerem em sua obra julgados do Tribunais Superiores reafirmando este entendimento, a saber:

Ademais, a solidariedade familiar justifica, entre outros, o pagamento dos alimentos no caso de sua necessidade, nos termos do art.1.694 do atual Código Civil. A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça aplicou o princípio em questão considerando o dever de prestar alimentos mesmo nos casos de união estável constituída antes de entrar em vigor a Lei n. 8.971/94, que concedeu aos companheiros o direito a alimentos e que veio tutelar os direitos sucessórios decorrentes da união estável. [...] O que o julgado reconhece, é que as normas de ordem pública podem retroagir, principalmente aquelas que visam à manutenção digna da pessoa humana, especialização da ideia de solidariedade patrimonial.

Onde, no Código Civil pode-se destacar alguns artigos que perpassam pelo princípio da solidariedade familiar: o art. 1.513 que trata da proibição de se interferir na comunhão de vida instituída pela família; art. 1.618 que traz a adoção, como sentimento de solidariedade; art. 1.630 o exercício do poder familiar no interesse dos filhos menores; art. 1.567 a colaboração entre os cônjuges na direção da família; art. 1.566 os deveres dos cônjuges; art. 1.724 os companheiros obedeceram aos deveres atribuídos aos cônjuges; art. 1.568 os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o

regime patrimonial; art. 1.640 traz como regra o regime de comunhão parcial entre os cônjuges; art. 1.725 a união estável se aplica nas regras patrimoniais a do regime de comunhão parcial de bens; art. 1.694 traz a obrigação de prestar alimentos; art. 1.700 o dever de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros; art. 1.707 é vedado renunciar o direito a alimentos (LÔBO, 2011).

Como se verificou, o presente princípio culmina por determinar a guarida, a assistência material e moral recíproca, entre todos os membros da família, assim efetivando e solidificando a solidariedade familiar. Nesse contexto, o princípio da solidariedade é sem dúvida aquele que perfaz a entidade familiar, estabelecendo ligações mútuas entres os seus membros.

1.1.10 Princípio da plena proteção das crianças e adolescentes

Está previsto no art. 227, caput, da Constituição Federal, o qual assegura que é dever de proteção da família, da sociedade e do Estado o cuidado com as crianças, os adolescentes e os jovens. Ademais, prevê essa responsabilidade com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Em complementação a esse artigo está o Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê nos seus artigos terceiro e quarto afirma:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1990)

Dessa maneira, a conclusão desse princípio é que ele veio para assegurar as crianças, adolescentes e jovens uma garantia do seu desenvolvimento pleno e dos direitos da sua personalidade, assim encontrando diretrizes solucionadoras de questões conflitivas oriundas da separação ou divórcio dos genitores (DINIZ, 2008).

1.1.11 Princípio da função social da família

A família é a base de uma sociedade, é tratada como uma célula mantenedora da comunidade. O artigo 226, caput, da Constituição Federal, dispõe que a família é a base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Dessa forma, “as relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social e distante das diferenças regionais de cada localidade” (TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 50).

Miguel Reale (2003, online) apresenta algumas situações de aplicação do princípio da função social das famílias, quando o atual texto constitucional considera a família como a base da sociedade, quando cabe ao juiz o poder-dever de verificar se os filhos devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, atribuindo a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida.

Tão forte é a compreensão social da família, que o juiz, atendendo a pedido de algum parente ou do Ministério Público, poderá suspender o poder familiar se o pai ou a mãe abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a ele inerentes, ou arruinando os bens dos filhos, e adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres (REALE, 2003, online).

Como se verifica, de acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 98) “a principal função da família é a sua característica de meio para a realização de nossos anseios e pretensões. Não é mais a família um fim em si mesmo, mas, sim, o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro”.

1.1.12 Princípio da proibição do retrocesso

É aquele que a Constituição Federal, ao garantir especial proteção à família, estabeleceu diretrizes do direito das famílias em grandes linhas, a saber a igualdade entre homens e mulheres na convivência familiar; o pluralismo das entidades familiares merecedoras de proteção; e o tratamento igualitário entre todos os filhos. Essas normas, por serem direito subjetivo, o que diz respeito ao indivíduo, com garantia constitucional, servem de barreiras a que se operem retrocessos sociais, o que configuraria verdadeiro desrespeito às regras

constitucionais (DIAS, 2010).

Desse modo, Maria Berenice Dias a respeito desse princípio diz que:

A partir do momento em que o Estado, em sede constitucional, garante direitos sociais, a realização desses direitos não se constitui somente em uma obrigação positiva para a sua satisfação – passa a haver também uma obrigação negativa de não se abster de atuar de modo a assegurar a sua realização. O legislador infraconstitucional precisa ser fiel ao tratamento isonômico assegurado pela Constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferência. Do mesmo modo, todo e qualquer tratamento discriminatório levado a efeito pelo Judiciário mostra-se flagrantemente inconstitucional (DIAS, 2010, p. 69).

Nesse contexto, pode-se afirmar que esse princípio veio a garantir a efetivação do direito subjetivo, o que significa que não pode sofrer limitações ou ressalvas. E diante desse contexto, após a análise de forma minuciosa dos princípios que norteiam o Direito das Famílias, importante realizar um diálogo entre eles e as questões basilares desse ramo do Direito em uma sociedade marcada pelo processo de globalização. Construção essa realizada no próximo capítulo.

1.2 Direitos das Famílias: questões basilares na sociedade contemporânea

Primeiramente, antes de se adentrar no Direito das Famílias em si, cabe ressaltar alguns conceitos importantes para o tema em questão. O termo família significa, de acordo com o Dicionário DicMaxi (online)

1 Conjunto de ascendentes, descendentes, colaterais e afins de uma linhagem. **2** Pessoas do mesmo sangue, que vivem ou não em comum. **3** Descendência, linhagem. **4** O pai, a mãe e os filhos. **5** Sectários de um sistema. **6** Hist nat Grupo sistemático, divisão principal de uma ordem, constituído de um ou mais gêneros vegetais ou animais e em que todos os organismos, que a ele pertencem, se ligam por caracteres comuns. **7** Quím Grupo de elementos caracterizados por uma propriedade comum como a valência, solubilidade dos sais, reações químicas etc. **8** Sociol Instituição social básica que compreende um ou mais homens, vivendo maritalmente com uma ou mais mulheres, os descendentes vivos, e, às vezes, outros parentes ou agregados. **9** Tip Conjunto dos caracteres cujo desenho, independentemente do corpo, apresenta as mesmas características fundamentais, podendo apenas variar na forma e na inclinação dos traços ou na largura relativa das letras. **10** Apic O mesmo que enxame, acepção 1. **11** Geol Grupo de rochas da mesma composição geral mineralógica e química. **12** Miner Grupo de minerais da mesma composição geral química. F. conjugal, Sociol: grupo constituído por marido, mulher e filhos menores ou solteiros. F. de palavras: grupo de palavras cognatas, isto é, que tem a mesma raiz. F. humana: a humanidade. F. miúda: os filhos pequenos. F. paternal,

Sociol: grupo constituído por um casal, todos os descendentes masculinos e seus filhos menores. F. patriarcal, Sociol: tipo da família governada pelo pai, ou, na antiga Roma, pelo chefe varão mais velho: o patriarca. F. tronco, Sociol: grupo constituído por marido, mulher e um filho casado, com sua prole, vivendo todos sob o mesmo teto. F. seráfica: ordem seráfica. Sagrada f.: representação do Menino Jesus com a Virgem Maria e São José. Em família: familiarmente, sem cerimônia.

A família é a base de uma sociedade, como muito bem está expresso no artigo 226, *caput*, da Constituição Federal, gozando desse modo de especial proteção do Estado, sendo considerada núcleo fundamental em que se repousa toda a organização social. Para Cristiano Farias e Nelson Roewald (2009, p. 09): o conceito de família advém de um processo de construção, que comporta inclusive reconstruções, que fulminou no que hoje assume “uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sócioafetivos, com a intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um”.

Em sentido lato, a expressão família abarca todas as pessoas ligadas por vínculos sanguíneos, bem como as unidades pela afinidade e pela adoção. É considerada uma instituição jurídica e social, tendo em vista que duas pessoas de sexos diferentes se unem pelo casamento ou pela união estável, a fim de estabelecerem uma comunhão de vidas, de por exemplo, terem filhos, comunicar patrimônio ou não, de transmitir seu nome, entre outros (GONÇALVES, 2011).

De acordo com Rolf Madaleno (2011, p. 5), em sua obra Curso de Direito de Família afirma que “haveria evidente equívoco imaginar pudesse o texto constitucional restringir sua proteção estatal exclusivamente ao citado trio de entidades familiares (casamento, união estável e relação monoparental)”. Esquecendo-se de sua característica maior, a

de dar abrigo ao sistema democrático e garantir a felicidade através da plena realização dos integrantes de qualquer arquétipo de ente familiar, lastreado na consecução do afeto, pois, como prescreve a Carta Política, a família como base da sociedade, tem especial proteção do Estado (CF, art. 226) e um Estado Democrático de Direito tem como parte integrante de seu fundamento e existência a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III), que sob forma alguma pode ser taxada, restringida ou discriminada (MADALENO, 2011, p. 05, grifo original).

Para Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 36), “a família é, sem sombra de dúvida, o elemento propulsor de nossas maiores felicidades e, ao mesmo tempo,

é na sua ambiência em que vivemos as nossas maiores angústias, frustrações, traumas e medos”. Portanto, a família é hoje, considerada afeto, pois é a partir dele que elas se unem e constroem laços que serão mais tarde biológicos e afetivos, pois a família só nasce quando as pessoas ligadas pelo afeto/amor resolvem se juntar/unir e assim constituir uma família que só se concretiza com esses elementos.

Nesse sentido, Paulo Lôbo (2011, p. 17, grifo original) explica que a família:

Fundada em bases aparentemente tão frágeis, a família atual passou a ter a proteção do Estado, constituindo essa proteção um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e à sociedade. A proteção do Estado à família é, hoje, princípio universalmente aceito e adotado nas constituições da maioria dos países, independentemente do sistema político ou ideológico. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, assegura às pessoas humanas o *direito de fundar uma família*, estabelecendo o art. 16.3: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. Desse dispositivo defluem conclusões evidentes: a) família não é só aquela constituída pelo casamento, tendo direito todas as demais entidades familiares socialmente constituídas¹; b) a família não é célula do Estado (domínio da política), mas da sociedade civil, não podendo o Estado tratá-la como parte sua.

Por fim não tem como apresentar somente um conceito sobre família haja visto que delimitar a complexa e multifária gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias, seria inoportuno. O próprio Sílvio Venosa (2009, p. 02) em sua obra o Direito de Civil - Direito de Família, assegura que:

Importa considerar a família em conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. Em conceito restrito, família compreende somente o núcleo formando por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar.

Todavia, como bem apregoa Paulo Lôbo (2011, p. 29), “a família é sempre socioafetiva, em razão de ser grupo social considerado base da sociedade e unida na convivência afetiva”. Onde o Direito das Famílias veio para dar uma proteção às famílias, sobre os seus direitos, sendo que constitui um ramo do direito civil que disciplina as relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união

estável ou pelo parentesco, e também pela curatela e tutela, sendo que esses últimos que são de caráter potestativo ou assistencial não advém das relações familiares, propriamente ditas, mas tem as suas finalidades conexão direta com o Direito das Famílias (DINIZ, 2008).

Cabe ainda, fazer uma menção na evolução que o Direito das Famílias passou até os dias atuais, sendo que, o nosso direito de família, sofreu grande influência da família romana, canônica e germânica, sendo que o *pater familias* exercido sobre os filhos tinha o direito de vida e de morte e a mulher era totalmente subordinada ao marido. O casamento religioso era o único conhecido e em relação ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, teve também a influência germânica (GONÇALVES, 2011).

Nos dias atuais, se verifica um Direito das Famílias mais adaptado com a realidade, perdeu aquele caráter canonista e dogmático, sendo principalmente baseado no afeto e na dignidade das pessoas que a compõem. “A família atual é tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo” (LÔBO, 2011, p. 30).

Para Caio Mário da Silva Pereira:

As normas do direito de família ora regulam as relações pessoais entre os cônjuges, ou entre os ascendentes e descendentes ou entre parentes fora da linha reta; ora disciplinam as relações patrimoniais que se desenvolvem no seio da família, compreendendo as que se passam entre os cônjuges, entre os pais e filhos, entre o tutor e pupilo; ora finalmente assumem a direção das relações assistenciais, e novamente tem em vista os cônjuges entre si, os filhos perante os pais, o tutelado em face do tutor, o interdito diante de seu curador. Relações pessoais, patrimoniais e assistenciais são, portanto, os três setores que o direito de família atua (PEREIRA, 2015, p. 33).

O Direito das Famílias está codificado na Parte Especial do Código Civil de 2002, no Livro IV, a partir dos artigos 1.511 a 1.783, que estão subdivididos em subtítulos: do casamento; das relações de parentesco; do regime de bens entre os cônjuges; do usufruto e da administração dos bens de filhos menores; dos alimentos; do bem de família.

O Direito das Famílias tem por objetivo a própria família, assim, para Maria Helena Diniz (2008, p. 16), o vocábulo família possui três acepções fundamentais: a amplíssima; a lata e a restrita. Onde, na primeira tem se “todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade,

chegando a incluir estranhos (CC, art. 1.412, § 2º; Lei n. 8.112/90, arts. 83 e 241)”. Na sequência, a acepção lata “restringe-se aos cônjuges e seus filhos, parentes em linha reta ou colateral, afins ou naturais (CC, arts. 1.591 e s.; Dec.-lei n. 3.200/41 e Lei n. 883/49)” e por fim, a restrita compreende exclusivamente “os cônjuges ou conviventes e a prole (CC, arts. 1.567 e 1.716) ou qualquer dos pais e prole”.

O Direito das Famílias é organizado basicamente nos institutos jurídicos, que “são conjunto de normas jurídicas aplicáveis estatutariamente a determinadas condutas, de modo permanente e contínuo”. Começa por ato ou contrato, mas é regido por normas gerais de comportamento. Assim, temos como “institutos jurídicos o casamento, o divórcio, o parentesco, a paternidade, a maternidade, a filiação, o regime de bens, os alimentos, etc.” (LÔBO, 2011, p. 54).

A legislação ainda utiliza a palavra família sobre os seus efeitos sucessórios, alimentares, da autoridade, fiscal e previdenciário, o primeiro diz respeito ao direito de herança que cada membro da família possui; o segundo os que são considerados para fins alimentares como os ascendentes, descendentes e os irmãos; o terceiro restringe-se a autoridade dos pais em relação aos filhos menores; o quarto que é o fiscal está relacionado aos impostos e os membros familiares; e por fim sobre os efeitos previdenciários que estão empreendidos o casal da família e seus filhos, com idade máxima de 21 anos, solteiros.

“A família não é dotada de personalidade jurídica, ela é simplesmente, um grupo social reconhecido e tutelado pelo direito, não sendo dotada de personalidade jurídica, nem muito menos de capacidade processual” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 55). Os direitos das famílias são irrenunciáveis e intransmissíveis, sendo considerada sua natureza personalíssima. Assim como exemplo pode-se dizer que o alimentando não pode renunciar seu direito de receber alimentos; ninguém pode renunciar o seu direito de filho ou transferir; o marido não pode comunicar seu direito de contrapor a paternidade (GONÇALVES, 2011, p. 28).

As palavras de Maria Berenice Dias (2010, p. 34) em relação a esse sentido são de que:

Em face do comprometimento do Estado de proteger a família e ordenar as relações de seus membros, o direito das famílias dispõe de acentuado domínio de normas imperativas, isto é, normas inderrogáveis, que impõem limitações às pessoas. São normas cogentes que incidem independentemente da vontade das partes, daí seu perfil publicista. Como são regras que não se sujeitam exclusivamente à vontade das partes, são chamadas de normas de interesse de ordem pública, assim entendidas por

tutelarem o interesse geral, atendendo mais aos interesses da coletividade do que ao desejo do indivíduo. A tendência em afirmar que o direito das famílias pende mais ao direito público do que ao direito privado decorre da existência de normas de interesse de ordem pública, que buscam tutelar as entidades familiares mais do que os seus integrantes.

E para outros doutrinadores, como Paulo Lôbo (2011, p. 46), o Direito das Famílias é um ramo do direito privado, pois: compõem-se de “direitos pessoais, ainda que a patrimonialização fomentada pelo individualismo liberal se lhos toldasse, em sua trajetória histórica. A realização da pessoa humana e de sua dignidade no ambiente familiar é sua finalidade. Nada é mais privado que a vida familiar”.

Assim, se verifica alguns aspectos que identificam o Direito das Famílias como de direito público, haja vista que as partes não podem dispor de alguns direitos, as suas regras são cogentes, inderrogáveis pela simples vontade das partes, como se vê nas referentes ao casamento, ao estado de filiação, e outros como privado, sendo que envolve os particulares e suas relações.

A família possui algumas características essenciais, sendo elas de caráter:

a) BIOLÓGICO: a família é um agrupamento natural por excelência, pois o homem nasce, vive e se reproduz nela. b) PSICOLÓGICA: a família possui um elemento espiritual: o amor familiar. c) ECONÔMICA: a família contém condições que possibilitam a homem obter elementos imprescindíveis à sua realização material, intelectual e espiritual. d) RELIGIOSA: a família é uma instituição moral e ética por influência do Cristianismo. e) POLÍTICA: a família é uma célula da sociedade, dela nasce o Estado. f) JURÍDICA: a estrutura orgânica da família é regida por normas jurídicas, cujo conjunto constitui o direito de família (DINIZ, 2008, p. 16, grifo original).

Ainda, segundo Silvio Venosa (2009, p. 18), o estado de família apresenta característica que se traduzem em:

1. Intransmissibilidade: esse status não se transfere por ato jurídico, nem entre vivos nem por causa da morte. É personalíssimo, porque depende da situação subjetiva da pessoa com relação à outra. Como consequência da Intransmissibilidade, o estado de família também é intransigível;
2. Irrenunciabilidade: ninguém pode despojar-se por vontade própria de seu estado. O estado de filho ou de pai depende exclusivamente da posição familiar. Ninguém pode renunciar ao pátrio poder, agora denominado poder familiar, por exemplo;
3. Imprescritibilidade: o estado de família, por sua natureza, é imprescritível, com decorrência de seu caráter personalíssimo. Não se pode adquirir por usucapião, nem se perde pela prescrição extintiva;
4. Universalidade: é universal porque compreende todas as relações jurídico-familiares;
5. Indivisibilidade: o estado de família é indivisível, de modo que será sempre o mesmo perante a família e a sociedade. Não se admite, portanto que uma pessoa seja considerada casada para determinadas relações e solteiras para outras;
- 6.

Correlatividade: o estado de família é recíproco, porque se integra por vínculos entre pessoas que se relacionam. Desse modo, ao estado de marido antepõe-se o de esposa; ao de filho, o de pai e assim por diante; 7. Oponibilidade: é oponível pela pessoa perante todas as outras. O casado assim é considerado perante toda a sociedade.

As espécies de famílias são classificadas como: a) Matrimonial: decorrentes do casamento; b) não matrimonial ou informal: oriunda de relações extraconjugais, decorrente da união estável; c) adotiva: estabelecida por adoção, que juntamente com a guarda e a tutela, configurará a família substituta. Lei 8069/90- art. 28 e arts. 1.618 a 1.629 Código Civil; d) monoparental: formada por um dos genitores e a prole; e) homoafetiva: decorrente da união de pessoas do mesmo sexo; f) anaparental: relação que possui vínculo de parentesco, mas não possui vínculo de ascendência e descendência; g) eudemonista¹²: aquela decorrente do afeto (TARTUCE; SIMÃO, 2010)

Entretanto, existem outros tipos de famílias que merecem apreciação, como a família paralela que consiste em um dos integrantes participa como cônjuge de mais de uma família. Assim como elucida Maria Berenice Dias:

Os relacionamentos paralelos, além de receberem denominações pejorativas, são condenados à invisibilidade. Simplesmente a tendência é não reconhecer sequer sua existência. Somente na hipótese de a mulher alegar desconhecimento da duplicidade das vidas do varão é que tais vínculos são alocados no direito obrigacional e lá tratados como sociedades de fato. [...] Uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas da tutela jurídica (DIAS, 2010, p. 50).

Já famílias compostas por padrastos, madrastas e enteados, as chamadas famílias recompostas que são aquelas que são formadas por pessoas que saíram de outros relacionamentos e que, formaram novos relacionamentos. “A criança passa a conviver com o novo marido ou companheiro da mãe — ou nova mulher ou companheira do pai —, que exerce as funções cotidianas típicas do pai ou da mãe que se separou para viver só ou constituir nova família recomposta” (LÔBO, 2011, p. 95).

Igualmente, essa nova convivência envolve, os filhos vindos dos relacionamentos anteriores de cada pai e os filhos comuns, dentro do mesmo

¹² Eudemonismo: Doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral, *i. e.*, que são moralmente boas as condutas que levam à felicidade.

ambiente familiar, uma crítica a esse instituto é que ele “provoca incertezas acerca dos possíveis direitos e deveres emergentes, pois é inevitável que o padrasto ou a madrasta assumam de fato as funções inerentes da paternidade ou maternidade” (LÔBO, 2011, p. 95).

Após essa longa explanação sobre a família e o Direito das Famílias, cabe destacar por fim que, esse ramo do Direito estará também sendo abordado no Estatuto das Famílias, um Projeto de Lei nº 2.285/2007, que trará as entidades familiares, as relações de parentesco, a filiação, a tutela, curatela, alimentos, do processo e o procedimento. Assim, cabe destacar alguns trechos da justificativa do referido estatuto, sendo as razões fundamentais de sua institucionalização:

O Livro de Direito de Família do Código Civil de 2002 foi concebido pela Comissão coordenada por Miguel Reale no final dos anos sessenta e início dos anos setenta do século passado, antes das grandes mudanças legislativas sobre a matéria, nos países ocidentais, e do advento da Constituição de 1988. O paradigma era o mesmo: família patriarcal, apenas constituída pelo casamento, desigualdade dos cônjuges e dos filhos, discriminação a partir da legitimidade da família e dos filhos, subsistência dos poderes marital e paternal. A partir da Constituição de 1988 operou-se verdadeira revolução copernicana, inaugurando-se paradigma familiar inteiramente remodelado, segundo as mudanças operadas na sociedade brasileira, fundado nos seguintes pilares: comunhão de vida consolidada na afetividade e não no poder marital ou paternal; igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges; liberdade de constituição, desenvolvimento e extinção das entidades familiares; igualdade dos filhos de origem biológica ou socioafetiva; garantia de dignidade das pessoas humanas que a integram, inclusive a criança, o adolescente e o idoso. Nenhum ramo do Direito foi tão profundamente modificado quanto o direito de família ocidental nas três últimas décadas do século XX. Durante a tramitação do projeto do Código Civil no Congresso Nacional, após a Constituição de 1988, o Senado Federal promoveu esforço hercúleo para adaptar o texto antes dela elaborado a suas diretrizes. Todavia, o esforço resultou frustrante pois não se poderia adaptar institutos que apenas faziam sentido como expressão do paradigma familiar anterior à nova realidade, exigente de princípios, categorias e institutos jurídicos diferentes. A doutrina especializada demonstrou à sociedade a inadequação da aparente nova roupagem normativa, que tem gerado intensas controvérsias e dificuldades em sua aplicação. Após vários meses de debates a comissão científica do IBDFAM, ouvindo os membros associados, concluiu que, mais que uma revisão, seria necessário um estatuto autônomo, desmembrado do Código Civil, até porque seria imprescindível associar as normas de direito material com as normas especiais de direito processual. Não é mais possível tratar questões visceralmente pessoais da vida familiar, perpassadas por sentimentos, valendo-se das mesmas normas que regulam as questões patrimoniais, como propriedades, contratos e demais obrigações. Essa dificuldade, inerente às peculiaridades das relações familiares, tem estimulado muitos países a editarem códigos ou leis autônomas dos direitos das famílias. Outra razão a recomendar a autonomia legal da matéria é o grande número de projetos de leis específicos, que tramitam nas duas Casas Legislativas, propondo alterações ao Livro de Direito de Família do Código Civil, alguns modificando radicalmente o sentido e o alcance das normas atuais. Uma lei que provoca a demanda por tantas mudanças, em tão pouco tempo de vigência, não pode ser considerada adequada. Eis porque, também convencido dessas razões, submeto o presente projeto de lei, como Estatuto das Famílias, traduzindo os valores

que estão consagrados nos princípios emergentes dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal. A denominação utilizada, “Estatuto das Famílias”, contempla melhor a opção constitucional de proteção das variadas entidades familiares. No passado, apenas a família constituída pelo casamento – portanto única – era objeto do direito de família. Optou-se por uma linguagem mais acessível à pessoa comum do povo, destinatária maior dessas normas, evitando-se termos excessivamente técnicos ou em desuso¹³.

A conclusão que se dá do referido estatuto é que ele veio para regular ainda mais as relações familiares e proteger os seus integrantes, pois como dito anteriormente a família é a base de uma sociedade, e deve ter a proteção do Estado. E nesse processo de proteção por parte do Estado, o Direito das Famílias encontra-se em uma constante construção quando o assunto é a sua constitucionalização. Importante fenômeno jurídico que será aprofundado seus estudos no capítulo seguinte.

1.3 A constitucionalização do Direito das Famílias: um processo em construção

No início dos tempos modernos, a autonomia privada representava o cerne do direito privado, onde a liberdade para negociar, ou seja, autonomia para contratar, liberalidade para escolher com quem contratar e sobre o quê eram pontos assentados e indiscutíveis. Entretanto, o preço dessa liberdade estava estritamente interligado ao contratado naquele negócio jurídico, sendo portanto, a vontade dos indivíduos e a força das cláusulas contratuais acabavam por constituir o princípio do *pacta sunt servanda*.

E em decorrência do estabelecimento desse princípio, somente poderia haver a retração ao estipulado se ambas as partes estivessem de acordo, caso contrário, tem-se como absoluto o contratado. Como bem afirma Reis (2007, p. 2043) “considerava que se as partes eram livres e iguais para contratar e o fizeram, certamente não o fizeram em prejuízo próprio, portanto eram obrigados a se sujeitar aos efeitos do que tinham contratado”.

Na exata definição de Fachin (2003, p. 71) o princípio da autonomia privada, significa exatamente que os sujeitos, “ao entabularem as suas relações jurídicas, o fazem através das ações humanas voluntárias, quer seja no negócio não

¹³ Justificativa do Projeto de Lei nº 2.285/07- Estatuto das Famílias.

patrimonial, quer no contrato, quer nos atos jurídicos em sentido estrito”. Ou ainda, para Amaral Neto (2002, p. 335) a “autonomia da vontade é, portanto, o princípio de Direito Privado pelo o qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”. Sendo assim, evidentemente a autonomia da vontade é elevada ao patamar dos negócios jurídicos, compreendido como espaço propício e exclusivo dos interesses privados.

Ao passar dos tempos, com o ingresso do Estado Social e o enfraquecimento do Estado Liberal, marcado este pela liberdade individual e a atuação negativa por parte do Estado¹⁴, a autonomia privada passou, obrigatoriamente, por uma redefinição de seu conceito inclusive com a adequação e aperfeiçoamento de sua utilização e de seus princípios aos anseios e demandas da sociedade que encontrava-se em plena reestruturação.

Essa renovação da modalidade de atuação do Estado, que passa a ser positiva na concretização de direitos fundamentais¹⁵, serviu-se também como mecanismo de sua própria proteção, uma vez que, de acordo com Reis (2007), a autonomia privada deverá sofrer limitações diante da igual autonomia dos outros indivíduos, com a finalidade que ambos possam conviver de forma harmônica no seu meio social, sem se olvidar o surgimento de novos direitos fundamentais que passam a inter-relacionar nesse meio.

Desse modo, com o advento de ordenamentos constitucionais que visam a promoção e garantia dos direitos fundamentais a partir de uma perspectiva de justiça material, a Constituição Federal de 1988 não foi diferente, no momento em que passou a ser considerada inclusive como uma fonte jurídica do Direito Civil. Diante desse contexto, e de acordo com Nery (2008), passa-se a afastar a antiga dicotomia entre a sociedade civil e a sociedade política, o que proporciona o diálogo entre a Constituição e as legislações infraconstitucionais, especialmente àquelas ligadas as matérias de direito privado, entre eles, o Direito das Famílias.

Nesse cenário de reformulação dos institutos do direito privado baseado e a partir da leitura da Constituição, Perlingieri (2008, p. 02) assegura que este fenômeno surge como instrumento que tem por finalidade essencial

[...] destacar não só que o objeto da interpretação com fins aplicáveis seja o

¹⁴ Direito fundamentais de primeira dimensão.

¹⁵ Direitos fundamentais de segunda dimensão.

dispositivo infraconstitucional, regulador de cada um dos institutos adequado ou conforme à norma constitucional, mas também que o objeto da interpretação são as disposições infraconstitucionais integradas à norma constitucional: uns em função dos outros e vice-versa, coordenados segundo a conhecida técnica de aplicação, combinação de normas.

Sendo assim, a constitucionalização do direito privado pode ser compreendida como a superação da antiga perspectiva que havia nos ordenamentos jurídicos, onde tinha-se de um lado o direito público e de outro o direito privado, o que por inúmeras vezes fulminava em conflitos ou até mesmo em desconexão normativa sobre o mesmo objeto. Assim, mostra-se de extrema importância, como afirmado por Facchini Neto (2010) as razões que originaram tal distinção, sua evolução e análise do seu papel no atual contexto contemporâneo.

Entretanto, importante ressaltar que a redefinição da autonomia da vontade com a constitucionalização do direito privado não exterminou com o seu significado e muito menos com a sua aplicação. Fato esse, que pode ser facilmente comprovado por meio de uma leitura e interpretação da Constituição brasileira, como assegura Reis (2007, p. 2045) ao exemplificar essa presença: “por exemplo do princípio da livre iniciativa (CF, artigos 1º, IV¹⁶, e 170, caput¹⁷), o que determina sua interpretação como de elevado peso na ordem constitucional, mormente no que se refere às relações interprivadas contratuais”. Podendo inclusive classificar a autonomia privada das famílias como um direito fundamental protegido constitucionalmente.

O que efetivamente ocorreu foi a constitucionalização do direito privado, onde os novos textos constitucionais passaram a incorporar os princípios que até então eram matérias abordadas exclusivamente no Código Civil, dotando-as de caráter constitucional, como é o caso do Direitos das Famílias. Nesse ambiente, Lôbo (1995, p. 40) adverte também para alterações no próprio conceito constitucional, no momento em que passa-se da condição de garantista das liberdades individuais à Constituição dirigente, preocupada efetivamente com a promoção da justiça social. Igualmente, “além das funções de organização do Estado, delimitando o poder político e da garantia das liberdades individuais

¹⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (BRASIL, 1988).

¹⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (BRASIL, 1988).

decorrentes, a Constituição do Estado Social incorpora outra função que a identificará: a de reguladora da ordem econômica e social” (LÔBO, 1995, p. 40).

À vista desses acontecimentos, verifica-se tanto na sociedade quanto nas afirmações dos operadores jurídicos uma aceitação da dupla noção que incorre os direitos fundamentais, a dimensão objetiva e a subjetiva. Da qual, para Sarlet (2010), pode ser extraída inúmeras funções e efeitos, como por exemplos, o dever de proteção estatal e o reconhecimento da dimensão organizatória e procedimentos que recaem sobre os direitos humanos fundamentais.

Entretanto, interessante trazer à baila, mesmo que de forma breve em razão de não ser o objeto central do estudo, o diálogo acadêmico que existe entre a compressão de Daniel Sarmento e Wilson Steinmetz sobre a solução para o problema da tensão existente entre a autonomia no âmbito privado, entre eles o das famílias, e os direitos humanos fundamentais.

Sendo assim, Daniel Sarmento, nas palavras de Silva (2015) estrutura a solução para este impasse por meio de dois conceitos chaves principais, sendo o primeiro deles a dicotomia simetria/assimetria que ocorre entre as partes na atuação da autonomia na seara privada, e a segunda denominada de questões existenciais, ao contrapor as questões de cunho eminentemente patrimoniais. À vista disso, Sarmento assegura que quanto maior for a desigualdade fática entre os indivíduos envolvidos nessa relação,

[...] mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito (SARMENTO, 2008, p. 303).

Por outro lado, tem-se a compreensão de Steinmetz que é contundente ao afirmar que somente haverá a compatibilização dos direitos humanos fundamentais com a autonomia privada por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. Essa afirmação decorre do fato de que, de acordo com Silva (2015), tanto os direitos humanos fundamentais, em sua grande maioria, quanto a autonomia privada tem estrutura de princípios, na exata compreensão de Alexy¹⁸.

¹⁸ *Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y medida debida de su cumplimiento no sólo de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos* (ALEXY, 1993, p. 86).

Precedências *prima facie* não contêm determinações definitivas em favor de um princípio [...], contudo estabelecem um ônus de argumentação para a precedência do outro princípio [...] no caso concreto. Assim, uma precedência *prima facie* constitui uma carga de argumentação a favor de um princípio e, por consequência, uma carga de uma carga de argumentação contra o outro princípio (STEINMETZ, 2007, p. 43, grifo original).

Nesse contexto, as questões envolvendo a compatibilização entre a autonomia privada e os direitos humanos fundamentais, como visto entre Sarmento e Steinmetz, guardam inúmeras semelhanças com a incidência desses mesmos direitos nas relações privadas, entre elas o Direito das Famílias, por meio da denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais podem ser compreendidos como limitadores da atuação do Estado para/com o cidadão, especialmente aqueles positivados na Constituição Federal por ter sido precedida, como afirmado por Sarlet (2012) após um período ditatorial marcado por fortes controles e supressões de direitos individuais e coletivos, que vigorou no país por vinte e um anos. É diante desse cenário pós ditadura militar, que a Constituinte ao elaborar o atual texto constitucional, elevou a patamares pouco visto de garantia e promoção dos direitos fundamentais.

Contudo, esse anseio por elevar os direitos fundamentais aos fundamentos mais básicos da própria existência do ser humano, tem início, no plano internacional, com o período constitucional pós Segunda Guerra Mundial, mais precisamente, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovado no âmbito da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948. Estabelecendo-se neste momento, como lembra Reis (2007, p. 2033) “uma estrutura jurídica fundamentada numa carga axiológica estabelecida nos direitos fundamentais da pessoa humana”.

Acerca da positivação dos direitos fundamentais e o constante surgimento de novos, Bobbio (1992, 33) afirma que

[...] não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão introduzir tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes.

Diante desse contexto, tem-se portanto os direitos humanos fundamentais como normas jurídicas positivadas em Constituições com a principal finalidade de proteção à dignidade das famílias, à liberdade e à igualdade entre os cônjuges e companheiros em todas as suas dimensões. Onde o próprio termo “fundamental” já carrega um valor essencialmente, a imprescindibilidade desses direitos para a condição humana e o próprio convívio em sociedade (CAMARGO, 2009).

Desse modo, a análise das diversas correntes sobre a eficácia desses direitos essenciais à condição humana mostra-se de extrema importância enquanto caminho hábil a responder o problema aqui proposto inicialmente. Sendo assim, tem-se como primeira corrente a Teoria da Eficácia Horizontal Mediata ou Indireta dos Direitos Fundamentais, no momento em que prevê que os preceitos constitucionais somente poderiam ser aplicados em relação aos particulares por intermédio de regras e princípios do próprio direito privado (MARINONI, 2008).

Essa teoria tem por berço o direito alemão, quando da sua concepção em 1956 por Günter Dürig, e que acaba por influenciar até os dias atuais grande parte dos juristas daquele país, bem como sua própria Corte Constitucional. Na concepção de Gomes e Sarmiento (2011) pode ser compreendida como uma construção intermediária entre a negação total dos direitos fundamentais e a aplicação direta e imediata na seara das relações privadas.

Consequentemente, os direitos humanos fundamentais elencados nos textos constitucionais estariam classificados como uma ordem de valores, que deveriam ser aplicadas as relações privadas não de forma imediata mas sim por uma interferência direta do Poder Público. Nesse cenário, de acordo com Mesquita e Mingati (2011) as normas de direitos fundamentais somente teriam eficácia e poderiam ser invocadas nas relações privadas por intermédio da atuação do legislador reformador ou diante do caso concreto pelo poder Judiciário.

Portanto, assevera os defensores dessa teoria que, de acordo com Gomes e Sarmiento (2011, p. 67) que

[...] a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas importaria na outorga de um poder desmesurado ao Judiciário, tendo em vista o grau de indeterminação que caracteriza as normas constitucionais consagradoras desses direitos. Neste quadro, seria irremediavelmente comprometida a liberdade individual, que ficaria à mercê da discricção dos juizes.

Na sequência, tem-se a segunda corrente, essa por seu turno reconhece a aplicação direta e imediata os direitos fundamentais, tanto nas relações entre o indivíduo e o Estado quanto nas relações entre indivíduos (particulares). Sendo assim, tem como característica mais relevante o afastamento do intermediário, como visto na teoria anterior, para aplicação das normas constitucionais no direito privado cuja aplicação, segundo Figueiredo (2009) se dá prontamente, nos termos do parágrafo primeiro do artigo quinto da Constituição da República de 1988¹⁹.

Dessa forma, a Teoria da Eficácia Horizontal Direta ou Imediata dos Direitos Fundamentais passou a ser amplamente defendida por Hans Carl Nipperdey a partir do julgamento em 1950 que acolheu o pedido de igualdade salarial entre homens e mulheres, o que não era contemplado pela legislação trabalhista alemã. Como fundamentação da sua decisão, o Tribunal Federal do Trabalho socorreu-se do artigo terceiro da Constituição Alemã, que assegurava o direito fundamental à igualdade (SILVA, 2005).

Nesse contexto, Sarlet (2012, p. 406) realiza algumas ressalvas a aplicação dessa teoria, especialmente quando se tratar de particular que estejam em condições de relativa igualdade, deverá, ao menos em regra, predominar o princípio da liberdade e da autonomia da vontade, “aceitando-se uma eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou diante de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal”.

Nesse mesmo entendimento, Hesse (1995) realça a missão do poder legiferante em converter o conteúdo dos direitos humanos fundamentais em normas de direito privado imediatamente aplicáveis ao caso concreto. Ao legislador compete fundamentalmente a tarefa de cuidar das múltiplas modificações às quais obriga a influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado. O legislador portanto deve levar em consideração que esse fato não pode reduzir-se ou eliminar a autodeterminação e a responsabilidade individual, no momento em que a autonomia privada compreende também a possibilidade de contratar por livre decisão obrigações que os poderes públicos não poderiam impor ao cidadão.

Sendo assim, após a análise da do Estado Democrático de Direito e a Constituição Federal enquanto norteadores dos direitos e garantias fundamentais,

¹⁹ Art. 5º, § 1º da CF/88: § As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (BRASIL, 1988).

verificando o Direito das Famílias a partir de questões basilares na sociedade contemporânea, o estudo do processo de constitucionalização do direito privado, entre eles o Direito das Famílias mostra-se de extrema importância para que se possa adentrar na temática do conflito familiar.

Essa construção é necessária como mecanismo de compreensão da necessidade de se implementar instrumentos que tenham como principal finalidade o tratamento adequado aos conflitos familiares diante de seus inúmeros aspectos particulares. Temática esta estudada na sequência.

2 O CONFLITO FAMILIAR E AS NOVAS ABORDAGENS ENQUANTO MECANISMOS ADEQUADOS AO SEU TRATAMENTO

O Estado se propõe através de políticas públicas, organizar a vida em sociedade de uma forma bastante ampla, visando o bem estar dos cidadãos dentre as suas necessidades básicas e entre aquelas que surgem pelo simples fato de se viver em sociedade, como os conflitos. Estudos realizados em várias áreas demonstram a existência de conflitos tanto na economia, na sociologia, na psicologia, no direito, na antropologia entre outras áreas, e buscam analisar a oposição de interesses, sentimentos e ideias, cada qual direcionando para algum aspecto específico.

Os conflitos e as disputas sempre existiram e normalmente elas se caracterizam pela disputa ou competição para atingir algum objetivo específico, no ambiente de trabalho, familiar, nos relacionamentos, nas disputas por guarda dos filhos, desavença entre vizinhos, entre outras questões. Além destes já mencionados pode-se citar os conflitos internos dos indivíduos, suas questões individuais que surgem pela sua existência e também os conflitos externos que tem sua origem em fatos exteriores ao mesmo.

2.1 O conflito na sociedade contemporânea e seu tratamento pela via tradicional

Rousseau já caracterizava o conflito como algo temporário e artificial, na compreensão de Gorczewski (2007), enxergavam o homem como sendo bom por natureza, portanto citava dois tipos de conflitos de ordem endógena – para restabelecer a correlação de forças no sistema os indivíduos perturbam a harmonia e instauram o conflito entre si, esforçando-se para conseguir uma vantagem maior, consolidada no resultado final; e os conflitos de ordem exógena onde o conflito na relação entre os homens surge em função dos constrangimentos que as desigualdades institucionalizadas pelas estruturas de poder impõem aos indivíduos.

Gorczewski (2007) considera o conflito como teoria onde caracteriza o agrupamento em três categorias: psicológica, situando no nível das motivações e relações individuais; sociológico, no nível das estruturas das entidades sociais

fundamentalmente conflitivas e as sócio-psicológicas onde situa o conflito entre o indivíduo e o sistema social.

O referido autor menciona ainda o conflito semântico, que se enquadra no sentido sócio-psicológico, onde não nega o conflito porém considera que é resultado de um mau entendimento verbal ou conceitual. Faz referência ao comunicar adequado evitando ou reduzindo assim os conflitos. Surge ainda o conflito jurídico, que se caracteriza pelo litígio, onde as partes tentam resolver uma disputa de forma legal, utilizando-se do Estado mediante o poder que lhe proporcionado (GORCZEVSKI, 2007).

As referências realizadas dizem respeito a uma breve análise quanto aos tipos de conflitos e da complexidade deste tema, sendo posteriormente desenvolvido no decorrer deste trabalho. Com o Estado moderno surge também uma nova forma de jurisdição, isso em meados do século XV, proporcionando ao ordenamento jurídico uma nova realidade, possibilitando ao legislador positivar e normatizar a vida em sociedade, aqui o direito deixa de ser algo natural e passa a ser produto da racionalidade.

Portanto, na afirmação de Gorczewski (2007), o Estado assume a obrigação de dizer o direito e de dar a tutela jurisdicional, passa a harmonizar os conflitos e estabelecer parâmetros para o direito, a justiça, a segurança, a liberdade e a propriedade. Considera ainda o autor que o Estado moderno não é fruto unicamente do contrato social, mas da repressão de diversas comunidades menores que tiveram seus direitos suprimidos.

A autoridade do Estado é também a tentativa de eliminar os conflitos, sem importar sua origem ou consequência, entretanto resultados e soluções destrutivas e muito demoradas podem trazer consequências negativas para a vida em sociedade. Mas o conflito não é necessariamente ruim, anormal ou disfuncional, é um fato da vida e alguns acontecimentos em sociedade surgem de um saudável e produtivo manejo de conflitos.

Portanto melhor do que eliminar simplesmente os conflitos é encontrar a forma de criar condições que conduzam a uma confrontação construtiva e fomentem seu potencial produtivo, proporcionando, assim, para a sociedade um ganho na qualidade da vida em comum.

Oldano, considera que o conflito em si não é algo negativo e que sua

solução vai depender da forma como será resolvido ou conduzido. O Estado preocupa-se com a possibilidade de tornar positivo o conflito proporcionando uma evolução entre os indivíduos envolvidos, produzindo uma mudança comportamental, através da aceitação e compreensão das diferenças, evitando o comportamento hostil e violento.

Será que o Estado, independente da corrente utilizada, através do judiciário, no sistema atual, será capaz de buscar o equilíbrio dos conflitos e a paz social de forma positiva, buscando tratar os litígios dentro da norma positivada. Os juízes decidem atendendo às formas do enunciado pelas partes que estão nos autos e não as reais intenções, desejos e conflitos internos e externos que estão implícitos nas ações. A busca de justiça no atual sistema jurisdicional se dará sempre de forma verticalizada e impositiva desconsiderando sentimentos envolvidos, caracterizando um ato decisório do Pai-Estado com a figura do vencedor e do vencido.

O Direito não resolve o conflito segundo Gorczewski (2007), ele apenas utiliza-se de uma técnica de substituição, pois o conflito interno do indivíduo não é levado em consideração, nada mais é pessoal, mas sim juridicamente interpretável e juridicamente decidido. O conflito jurídico finaliza com a decisão do Estado, entretanto o conflito pessoal, íntimo e psicológico, fica latente e longe de sua extinção.

Diante desse cenário, a atual sistemática organiza-se em três mecanismos especiais de tratamento de conflitos – a autotutela, a heterocomposição e a autocomposição. A primeira delas, também denominada de autodefesa, implicada na dissolução do conflito com a imposição da vontade de uma das partes e com uso de violência física e/ou moral; a segunda, a heterocomposição, ocorre quando há o término da disputa a partir de uma decisão de um terceiro, da qual as partes estão vinculadas – assim como ocorre no processo judicial atual, e por fim, a autocomposição, que consiste na pacificação do conflito a partir da vontade das próprias partes envolvidas, sem a intervenção direta de um terceiro e nem de uma decisão unilateral (FOLEY, 2010).

Sendo assim, todas as relações entre indivíduos na sociedade acarretam, em determinado momento, conflitos que podem derivar de diversos fatores, dentre eles a distribuição e o desenvolvimento dos papéis sociais, as relações líquidas impostas pela globalização, a facilidade de comunicação entre os indivíduos em

qualquer parte do mundo, mas que, de acordo com Spengler (2012, p. 197) "paradoxalmente, afasta os seres humanos e faz artificiais os laços comunitários, tornaram-se mais complexos do que aqueles existentes poucas décadas atrás". Dessa forma, acredita-se que a atual complexidade do conflito é uma marca contemporânea avistada tanto na esfera local quanto na seara mundial.

Portanto, o enfrentamento a esses problemas sociais deve ser papel não somente dos órgãos estatais, mas sim, de toda a sociedade engajada na busca por um tratamento adequado dos conflitos. Inclusive a construção desse novo paradigma de tratamento acaba por fomentar nas comunidades um senso de pertencimento ao aproximar os indivíduos envolvidos no conflito com os demais atores sociais daquele meio.

Os atores sociais pertencentes as comunidades são capazes de ampliar significativamente as ações no campo das políticas sociais, promovendo programas voltados ao desenvolvimento local, com projetos integrados e dirigidos a um público determinado, de modo que é possível focalizar uma área de intervenção ou um segmento da população, a fim de formular políticas integrais, vencendo problemas como o da setorialização e da fragmentação institucional (FARAH, 2001).

Além disso, as comunidades cumprem melhor algumas tarefas e conseguem pacificar determinados problemas com mais êxito do que o Estado. Exemplo desse fato é a própria redução da criminalidade, pois em razão da proximidade e das relações estreitas existentes entre os membros da comunidade local, é possível ter um controle mais enérgico e eficaz dos indivíduos em conflito com a lei.

Logo, a provisão e a gestão dos serviços ou das políticas públicas passam a ser compartilhadas pelos membros da família e da comunidade, deixando de ser atribuição exclusiva do Estado. Exemplos dessas iniciativas podem ser observados na área de tratamento de conflitos, em que a participação de outros atores sociais, como lideranças locais, agentes do Estado, vítimas, agressores, familiares articulam-se em busca de uma maior autonomia para a comunidade, visando garantir a emancipação do sujeito e a concretização de direitos fundamentais (SALM; DIEHL, 2015).

Desta forma, grande parte da responsabilização do surgimento dos métodos adequados ao tratamento de conflitos tem reação que se regenera contra dois paradigmas determinados, por um lado, tem-se o paradigma retributivo kantiano e,

por outro, o paradigma da pacificação ressocializadora defendida pelos modelos utilitaristas e positivas (SANTANA, 2007).

Desse modo, a busca por novos mecanismos de tratamento adequado aos conflitos, essencialmente na seara familiar mostra-se de extrema importância, uma vez que a sociedade atual, diante das inúmeras formações como analisada no capítulo anterior, carece de instrumentos aptos a sua pacificação. Sendo este o tema desenvolvido no próximo tópico.

2.2 A busca por novos mecanismos de tratamento adequado aos conflitos da seara familiar por meio das políticas públicas

É cada vez mais crescente a importância do capital humano, entendido como produto de ações individuais em busca de aprendizado e aperfeiçoamento como mecanismo para atenuar os índices de exclusão social. Todavia, para além do capital humano é importante também a consideração (e a existência) de capital social, que corresponde aos aspectos do ambiente social, como o senso de confiança, reciprocidade, redes sociais e associativismo, capazes de aumentar o desenvolvimento social e favorecer a construção da cidadania e da democracia participativa (SCHMIDT, 2006).

O termo capital social tem sido empregado pela literatura de forma ampla, conforme explica Schmidt (2006, p. 1760), pode ser definido como um “conjunto de redes, relações e normas que facilitam ações coordenadas na resolução de problemas coletivos e que proporcionam recursos que habilitam os participantes a acessarem bens, serviços e outras formas de capital”. Desse modo, por capital social, entende-se a cooperação e as relações sociais entre os indivíduos, cujo benefício central é a obtenção de recursos (ou bens) sociais em razão dessas relações em rede.

Já para Putnam (1993, p. 171) o capital social é reflexo do grau de confiança existente entre os atores sociais, envolvendo o grau de associativismo e o acatamento às normas de comportamento cívico, como por exemplo, o pagamento de impostos e os cuidados dispensados aos espaços públicos e aos bens comuns. Assim, identificam-se diferentes tipos de capital social:

[...] *bonding* “de união” (existente em relações socialmente estreitas, onde

há contato pessoal frequente =, como no caso de parentesco, vizinhança, amizade), *bridging* “de vinculação” (existente em relações medianamente estreitas, como entre colegas de trabalho, membros de um clube ou associação), *linking* “de conexão” (existente em relações assimétricas, entre pessoas distantes e com poucos contatos, como empregador-empregado e governante-cidadão); e comunitário (relações próprias de uma comunidade, ou seja, atividades coordenadas com propósito comum, autogovernadas e com sentido de identidade) (COSTA; HERMANY, 2008, p. 89, grifo original).

Pode-se dizer a partir dessas colocações que o capital social significa a existência de recursos capazes de possibilitar um espaço para o estabelecimento de novas relações entre os cidadãos pertencentes a uma determinada região e a sua relação com o conceito de comunidade. Assim sendo, o capital social pressupõe esse conjunto de recursos, ainda que simbólicos, cuja apropriação depende em grande escala o destino de certa comunidade (PUTNAM, 1993, p. 178).

Costa e Hermany (2008, p. 83) observam que na compreensão de Putnam (1993), a cidadania tem como característica central o interesse e a participação na vida pública. Ainda, pelo compartilhamento de valores de solidariedade, confiança e tolerância, não desconsiderando, porém, que existem conflitos de interesses. Eis que ganha importância o capital social, que pode coexistir em diferentes formas de interação social dos membros de uma comunidade, formais e informais, além de componentes como o sentimento de confiança e reciprocidade.

Nesse sentido, o combate às desigualdades sociais e a busca por um tratamento adequado aos conflitos, devem passar em princípio, por medidas que incluam a construção de uma nova cultura política e social, com a estruturação de políticas públicas baseadas nas reais necessidades dos cidadãos, com o fortalecimento das relações sociais entre as pessoas pertencentes a uma comunidade e com o investimento em capital humano e social.

Fala-se, portanto, em uma boa sociedade que, para Etzioni (2001, p. 15) é aquela em que o bom trato entre as pessoas é o fim em si mesmo e não mero instrumento para atingirem suas aspirações particulares. Ademais, uma boa sociedade, consoante a terminologia utilizada pelo filósofo Martin Buber (in ETZIONI, 2001) alimenta as relações “eu-tu”, em que pese e se reconheça o inevitável e significativo papel das relações “eu-material”.

Observa-se que na sociedade ideal proposta por Etzioni (2001) está presente o capital social, uma vez que para alcançar o patamar de uma boa sociedade devem existir relações sociais mais estreitas entre os cidadãos, voltadas

a solidariedade e ao desenvolvimento de objetivos comuns. Os vínculos recíprocos com a família, amigos e com os membros da comunidade atribuem vida ao capital social e ao princípio básico da boa sociedade, o que pode ser refletido através do amor, da lealdade e do cuidado com os demais. O dever e a prioridade de tratar as pessoas como fins requer muito mais do que a mera igualdade de oportunidades, pois se pretende alcançar um mínimo básico satisfatório para todos.

Nesse viés, as comunidades e as famílias constituem um dos principais componentes de uma boa sociedade, na medida em que para Etzioni (2001) alimentam as relações baseadas em fins, estabelecendo laços de afeto que transformam grupos de indivíduos em entidades sociais semelhantes a grandes famílias. De outra forma, as comunidades transmitem uma cultura moral compartilhada, ou seja, um conjunto de valores e significados sociais que caracterizam o que elas consideram virtuoso e correto frente ao que consideram como comportamentos inaceitáveis, transmitindo-se essas concepções de geração a geração, determinando, de tal modo, seus marcos de referência moral.

Nesse sentido, salienta-se a importância do capital social, como indutor de políticas públicas, no momento em que em se tratando de um potencial subaproveitado, a administração pública, seja por seus gestores ou burocratas, não visualiza que existe uma relação entre capital social, empoderamento e inclusão, sendo que a inclusão social é um objetivo amplo e, para sua consecução, são necessárias “mudanças estruturais na economia e no sistema político, associadas a transformações culturais e nas relações sociais” (SCHMIDT, 2006, p. 1772).

Por outro lado, ganha destaque o espaço local, que para Hermany (2012, p. 17) é um *locus* privilegiado para a “aproximação da sociedade no processo de construção e acompanhamento das políticas públicas”. Esse processo ocorre tanto pelo pertencimento, quanto pela possibilidade de desburocratização, bem como pela valorização das esferas mais próximas, o que acaba por fortalecer o município.

Nesse cenário, a intervenção estatal por meio de políticas públicas para o desenvolvimento social da população e o correto tratamento aos conflitos se faz necessária, respeitadas suas características, potencialidades e seu capital social. Reside aí a importância do poder local, “que conjugue a subsidiariedade vertical, traduzida na ampliação das competências do poder local, com a perspectiva horizontal, caracterizada por uma nova e qualificada relação entre sociedade e

poder público municipal” (HERMANY, 2012, p. 290).

Assim sendo, as políticas públicas tornaram-se ferramentas adequadas para a efetivação dessas ações políticas e desse modo a concretização de direitos humanos fundamentais. Para tanto, imperioso que se faça uma abordagem, ainda que superficial, vez que esse estudo não esgota o assunto, dos conceitos metodológicos das políticas públicas.

Inicialmente, importa elucidar que a análise das políticas públicas não pode ser feita de maneira fragmentada e isolada, ela deve estar relacionada, especialmente, com as questões que permeiam o Estado e a sociedade, porquanto, segundo Schmidt (2008, p. 2308) “elas são o resultado da política, compreensíveis à luz das instituições e dos processos políticos, os quais estão intimamente ligados às questões mais gerais da sociedade”.

E dessa maneira, seja pelo envolvimento de todos os membros da sociedade tanto na formulação quanto na avaliação das políticas públicas implementadas, ou ainda, pelo fato de centros de discussões e decisões para que se escolham ações específicas para estas, com o principal objetivo de alcançar o desenvolvimento sustentável, deve-se buscar e ponderar os indicadores que se adaptem a partir de todos os resultados e objetivos pretendidos e que detenham as políticas públicas em sua instância viabilizadora (SILVA; SOUZA-LIMA, 2010).

E nesse contexto, um terreno ainda por ser efetivamente explorado é aquele no qual se encontra a análise das políticas públicas de tratamento de conflitos, onde até o momento tem se situado no campo da ciência política, a qual prefere dar o enfoque a partir de seu aspecto técnico, isto é, o produto (*policy*) da atividade intermediário público, os denominados *policy makers*.

E por esse motivo, nas palavras de Silva e Souza-Lima (2010, p. 49) que tanto o processo de elaboração quanto o de implementação de uma política pública deve estar alinhavado com os objetivos e as finalidades que se pretendem alcançar, “com a realidade das pessoas que participam do processo de amadurecimento e com a dimensão do desenvolvimento sustentável que se pretende atingir, possui caráter interdisciplinar”. Assim, as políticas públicas são compreendidas como interdisciplinares no momento em que, de acordo com a sua diversidade e seus mais variados objetivos, podem alcançar dimensões distintas do desenvolvimento sustentável.

E diante disso, as políticas públicas podem ser compreendidas como

[...] respostas que não ocorrerão a menos que haja uma provocação. Em linguagem mais especializada, as políticas públicas se destinam a solucionar problemas políticos, que são as demandas que lograram ser incluídas na agenda governamental. Enquanto essa inclusão não ocorre, o que se tem são 'estados de coisas': situações mais ou menos prolongadas de incômodo, injustiça, insatisfação ou perigo que atingem grupos mais ou menos amplos da sociedade sem, todavia, chegar a compor a agenda governamental ou mobilizar as autoridades políticas (RUA, 1998, p. 732, grifo original).

Portanto, analisando as políticas públicas com base em sua acepção mais genérica tem-se que se caracterizam pelo conjunto de ações articuladas com recursos próprios, sejam eles financeiros ou humanos, envolvem uma dimensão temporal e uma capacidade de impacto. Onde, para Abad (2003) o termo pode ser compreendido a partir de sua dimensão ético-político da finalidade da ação, e deve se aliar, fundamentalmente a um projeto de desenvolvimento econômico-social e provocar maneiras de interação do Estado com a sociedade.

Contudo, é fundamental que se ressalte, no âmbito de uma análise das possibilidades de aplicação da subsidiariedade, a manutenção, ainda que não alicerçada na exclusividade, do papel das instituições estatais, forte nas garantias constitucionais. Isso porque a atribuição de centralidade ao cidadão, por si só, pode significar – e é importante destacar – um retorno ao modelo liberal, deficitário em relação aos direitos e às garantias. Dessa feita, o princípio assume uma função de limitação da atuação do poder estatal frente ao indivíduo, mas, ao mesmo tempo, possui uma dimensão positiva. Esta se verifica na medida em que se vincula o Estado a um compromisso social, traduzido na exigência de atuação de suas instituições sempre que as necessidades do corpo social ou a dimensão da função a ser alcançada torne insuficiente a ação individual dos atores da sociedade (HERMANY, 2012, p. 22, grifo original).

A dinâmica da vida política, cuja complexidade é evidente, faz com que os atores sociais estejam muito mais envolvidos e engajados na formulação de políticas que atendam necessidades prementes das famílias e da sociedade. Um desafio que se lança é o da mobilização dos cidadãos para que exerçam um controle social sobre as ações governamentais, que participem da proposição, formulação e fiscalização das políticas, o que faz com que também participem da vida política, para que tenham a compreensão de que participação política vai muito além do ato de votar.

No que tange à cidadania, observa-se que, sob o viés da emancipação, pode-

se falar em cidadania plena, desde que haja certo equilíbrio com a subjetividade. Em um contexto de crise dos Estados Nacionais, conseqüentemente do sistema capitalista e dos valores a ele atrelados, o Estado continua (talvez mais do que nunca) a ser responsável pela operacionalização das políticas públicas preventivas, destacando-se nesse contexto, “o fortalecimento dos municípios como espaço local para o enfrentamento de suas demandas sociais” (COSTA; HERMANY, 2008, p. 78).

Sen (2000), afirma que o desenvolvimento de um país associa-se às oportunidades oferecidas à população para a realização de escolhas e assim, exercício da cidadania. Observa o autor que o bem-estar social é atingido apenas quando liberdades são alargadas, entendendo que o desenvolvimento não pode ser simplesmente medido pelo crescimento do Produto Interno Bruto (PIB), avanço tecnológico, renda per capita, ou até mesmo a industrialização.

Nas pequenas comunidades, cujas relações de proximidade são maiores e conseqüentemente o capital social costuma ser elevado, justamente em função dessa proximidade. O município é então o “espaço local”, onde, segundo Dowbor (2008) “está no centro do conjunto de transformações que envolvem a descentralização, a desburocratização e a participação, bem como as chamadas novas “tecnologias urbanas.” Adverte o autor que

Uma implicação central é a seguinte: há décadas atrás a nossa sociedade se caracterizava por uma capital e algumas cidades mais, cercadas por uma população camponesa dispersa que constituía a ampla maioria. Era natural, nestas condições, que o Estado com as suas funções burocráticas se identificasse com a “capital”, e que todas as decisões significativas fossem tomadas no “centro” do país. Hoje a esmagadora maioria da população, mesmo quando trabalha na agricultura, vive em áreas urbanas, em vilas e cidades. A realidade simples que hoje se descobre, é que a maioria das ações que concernem as nossas necessidades do dia a dia, como a criação e gestão das escolas, a organização das redes comerciais e financeiras, a criação das infraestruturas locais, a preservação do meio ambiente, a política cultural e tantas outras, podem ser resolvidas localmente, e não necessitam de intervenção de instâncias centrais de governo, que tendem a burocratizar o processo (DOWBOR, 2008, online).

Desta forma, os municípios, conhecedores de suas realidades, podem contribuir de maneira significativa para melhor construção de políticas que atendam as especificidades de sua população, especialmente aquelas voltadas ao tratamento adequado aos conflitos que nascem e se desenvolvem na própria comunidade. O princípio da subsidiariedade serve como norte dessa construção, uma vez que ele não se vincula apenas à valorização da proximidade territorial entre o respectivo

agente público e o administrado, pois é relevante a coexistência entre proximidade com outras exigências que justifiquem a manutenção da competência local (HERMANY, 2012).

Tal concepção também tem outro ponto positivo que diz respeito à explicitação das políticas públicas, que mostra à sociedade o que o governo pretende em cada área, facilitando assim a participação dos cidadãos no processo implementação, ou mesmo de oposição, à determinada política. É aqui que ganha importância o capital social presente nas comunidades, e a determinação dos municípios, valendo-se de sua competência enquanto espaço local e, utilizando-se do princípio da subsidiariedade como vetor para concretização de políticas públicas de tratamento adequados aos conflitos.

E desse modo, diante da atual crise mundial, não somente econômica porém igualmente social e política, a mediação familiar pode ser compreendida enquanto política pública adequada no tratamento de conflitos familiares, contribuindo para a diminuição da conflituosidade nas comunidades onde atua.

E essa autonomia das comunidades deve estar em consonância aos novos horizontes sociais trazidos globalização como enaltecido nas palavras de Gorczewski (2007), mesmo sendo local adquire novos significados. Onde, o monopólio que o Estado detém sobre a tratamento de conflitos nunca foi uma realidade, há um direito vivo, latente, que pode ser compreendido como a forma que os cidadãos lidam com as adversidades da vida em seu dia-a-dia. Longe dos tribunais, esses mesmos conflitos vão sendo resolvidos da melhor maneira possível, mas que nem sempre de forma emancipatória pelos seus protagonistas (FOLEY, 2010).

Isso ocorre, do ponto de vista da sociologia, porque “as sociedades são juridicamente pluralistas na medida em que o direito oficial coexiste com outros direitos que circulam não oficialmente na sociedade, no âmbito das relações sociais específicas” (SANTOS et al., 1996, p. 48). Tais como as relações familiares, de produção e trabalho, relações de vizinhança, entre outras, onde essa normatividade é normalmente mobilizada pelos instrumentos informais de tratamento de conflitos.

Desse modo, o conflito não pode concebido como uma realidade confinada no âmbito apenas dos fenômenos humanos, individuais ou coletivos (apesar deles acontecerem também nesses contextos) e sim uma realidade muito profunda. Para compreender um conflito é necessário pensar em articulações dinâmicas entre

muitas dimensões: o ambiente, os organismos nele inseridos, as variáveis seguidamente escondidas e introduzidas nos processos de longa duração. Em outros termos, segundo Spengler (2012, p. 110) é necessário determinar os componentes “pré-humanos” do conflito porque aqueles que identificamos como “partes” ou como “conflingentes” já são o resultado, o efeito de uma formalização, de uma segmentação, operada a partir de uma unidade originária complexa e contraditória, que aprofunda as raízes onde ainda não existem nem formas e nem divisões tão líquidas.

É diante deste pluralismo jurídico que se contextualiza a (re)emergência dos métodos alternativos de tratamento adequado aos conflitos, que apropriados a essa retomada da gestão dos conflitos pela comunidade e abertos para a produção da normatividade que se constrói nas relações sociais concretas. Nesse contexto, esses métodos autocompositivos de tratamento implicam na possibilidade de autolegislação, adequando a lei às diversas e fragmentadas realidades sociais (FOLEY, 2010). Desse modo, o acesso à justiça não deve ser limitado a proporcionar que todos os indivíduos possam recorrer aos tribunais, mas sim, “implica que se procure realizar justiça no contexto em que se colocam as partes nesta óptica, os tribunais só desempenham um papel indireto e, talvez mesmo, menor” (GALANTER, 1993, p. 75).

Portanto, na atual situação, a centralidade do Estado reside, em sua grande parte, na forma como ele organiza o seu próprio descentramento, já que esta perda de centralidade é monitorada pelo próprio Estado, conseqüentemente, há uma unidade regendo a heterogeneidade. E isso é bem ilustrado nas políticas por ele apoiadas tanto nas de regresso à comunidade quanto em sua recuperação. Dessa maneira, a diferença entre “estatal e o não estatal é posta em questão, o que, naturalmente, só vem tornar ainda mais complexo o debate sobre pluralidade de ordens jurídicas” (SANTOS, 2003, p. 56).

Em vista disso, sociólogos e cientistas políticos já discutiram muito sobre os conflitos que ocorrem na sociedade e chegaram a conclusões distintas. De um lado, os denominados *continuum* “veem qualquer grupo social, sociedade ou organização de forma harmônica e equilibrada, considerando o conflito uma perturbação; suas causas estão fora da sociedade” (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 40). Sendo assim, o conflito necessita ser reprimido ao mesmo tempo em que é caracterizado,

como uma patologia social. No outro lado, estão aqueles que acreditam que qualquer sociedade é composta por conflitos, mas que, é através deles que é possível o surgimento de mudanças e aperfeiçoamentos. E dentro desse grupo, ainda têm-se os que assumem uma posição intermediária, uma vez que consideram os conflitos uma disfunção social.

A sociedade pode ser compreendida, ao mesmo tempo como fonte e guardiã da civilização, dado que é o canal pelo qual a civilização chega até os cidadãos, ela aparece, portanto, como uma realidade infinitamente mais rica, mais alta do que a nossa, uma realidade da qual nos vem tudo o que se tem diante dos olhos, e que, contudo, “transcende por todos os lados uma vez que, dessas riquezas intelectuais e morais das quais elas têm a guarda, algumas parcelas somente alcançam a alguns de nós” (DURKHEIM, 2004, p. 69). E quanto mais se avança na história, mais a civilização humana se torna uma coisa assombrosa e complexa.

Sendo portanto imprescindível a concretização do direito humano e fundamental ao acesso à justiça, como mecanismo de pacificação social, sendo compreendido a partir de sua significação ampla, não estando restrito ao acesso ao Poder Judiciário. “O acesso à justiça pode ser visto de mais de um ângulo (e muitas concepções sobre ele pode se pode ter) e seu significado certamente sofrerá variações conforme o ordenamento jurídico constitucional em concreto em que for situado” (PAROSKI, 2008, p. 138).

Atualmente estão surgindo e se concretizando novos métodos de tratamento de conflitos, tanto dentro quanto fora dos tribunais. Mesmo havendo inúmeros mecanismos novos, pode-se trazer alguns pontos básicos entre eles, como afirma Martin (2004): 1) todos buscam manter um equilíbrio entre ambos os lados da relação; 2) tem-se por métodos menos formais e geralmente mais privadas do que as batalhas judiciais; 3) oferecem maiores possibilidades de participação dos envolvidos e dos membros atingidos indiretamente por esse conflito, auxiliando no seu tratamento.

Nesse contexto, de acordo com Paroski (2008, p. 313)

[...] a importância de se encontrar caminhos alternativos de prevenção e resolução de conflitos, a mediação pode ser entendida como prática de pacificação social, situando-a eternamente a qualquer demanda formalizada perante o Poder judiciário, examinando-a de forma genérica e abstrata, enquanto técnica apropriada à sociedade para identificar diferenças e superar divergências.

Em vista disso, nas últimas décadas a sociedade mundial vem experimentando um considerável avanço na direção de substituição, em diversos casos, da tradicional regulação centralizada no Estado para processos de auto regulação por parte da sociedade civil. Essa dinâmica, segundo Martin (2004) reflete na diminuição da intervenção direta por parte do poder estatal (fenômeno da desregulamentação estatal) e o aumento gradual da organização societário (processo autônomo de regulação).

Sendo assim, a busca por novos mecanismos de tratamento de conflitos familiares perpassa pelo empoderamento das comunidades e pelo aumento do capital social com o auxílio do poder local. E essa procura tem por objetivo a concretização dos direitos humanos fundamentais garantidos constitucionalmente, como visto no primeiro capítulo. Desse modo, essa consolidação, por intermédio das políticas públicas, é o assunto do tópico seguinte.

2.3 A concretização dos direitos humanos fundamentais ao tratamento adequado aos conflitos: uma análise dos métodos consensuais

A proteção internacional dos direitos humanos fundamentais transita inicialmente pela definição de seu conceito, onde existe atualmente um número considerável de ciências que a estudam, a exemplo da política, filosofia, história, direito e da sociologia, sendo cada uma atribuindo uma denominação e um significado que não necessariamente deve coincidir com as demais. Deste modo, no entendimento de Gorczewski (2005) os direitos humanos podem ter diversas denominações como direitos naturais, direitos do homem, direitos do homem e do cidadão, liberdades públicas, direitos do povo trabalhador, entre outros.

Entretanto essa confusão terminológica não é incomum, inclusive na Constituição Federal de 1988, onde o constituinte utilizou diversas expressões para indicar o mesmo conteúdo, a saber: direitos humanos (art. 4º, inc. II), direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI), direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º), direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inc. IV) (GORCZEWSKI, 2005).

E conseqüentemente, dentro dessas correntes há quem afirme que os direitos humanos não seriam direitos propriamente ditos, mas sim aspirações,

valores que cada indivíduo elege. Portanto, direitos seriam aqueles unicamente exigíveis de uma autoridade do Estado e, portanto, deveriam estar previstos em um determinado ordenamento jurídico.

Nessa linha de compreensão, Sarlet (1998) entende que direitos fundamentais seriam os direitos humanos reconhecidos e positivados pelo direito constitucional de um Estado, ao passo que os direitos humanos estariam atrelados a ideia de documentos internacionais, independente da vinculação do indivíduo com o Estado, neste caso, dotados de caráter supranacional.

Nesse contexto, os direitos humanos estariam no plano de desejos, isto é, “fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda a parte e em igual medida) reconhecidos; e estamos convencidos de que lhes encontrar um fundamento” (BOBBIO, 1992, p. 16, grifo original). Portanto, direitos humanos podem ser compreendidos como os motivos para justificar determinadas escolhas que se faz e que se gostaria que os demais indivíduos também as fizessem.

Sendo assim, na definição de Campuzano (2008, p. 117) no amanhecer histórico dos direitos do homem e em seu desenvolvimento posterior, “os direitos humanos foram, em primeiro lugar, demandas coletivas, reivindicações arrancadas do poder contra a vontade desses, conquistas da razão frente à barbárie”. E desse modo, em segundo lugar, os direitos do homem estabelecem

[...] uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações (BOBBIO, 1992, 18, grifo original).

Resta, portanto, uma considerável distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, onde na definição de Machado (2012), aqueles são os direitos humanos após um processo de positivação dentro de uma ordem jurídica, seja em constituições ou legislações infraconstitucionais. Já os direitos humanos, ou direitos fundamentais atípicos, são considerados aqueles que ainda não estão declarados

expressamente em textos normativos.

Diante disso, os direitos humanos fundamentais apresentam-se como processos e lutas que visam abrir e consolidar espaços de liberdade para que possa ser exercida a dignidade humana. Podendo ser, nas palavras de Rubio (2010), concebidos como uma estrutura de práticas sociais, simbólicas, culturais e institucionais que impossibilitam que determinados excessos impeçam o desenvolvimento dos seres humanos enquanto sujeitos.

Dessa forma a construção dos direitos humanos fundamentais não pode ocorrer em um ambiente abstrato e de forma isolada, deve acontecer em conjunto com a sociedade e suas relações. Não se olvidar das diferenças históricas de cada ser humano e a necessidade da relativização no julgamento das questões que se apresentam, dado que os indivíduos não são criaturas pré-fabricadas, onde a base de todo ser humanos está no convívio interpessoal (PIOVESAN, 2014).

Portanto, Bobbio (1992, p. 18) é contundente ao afirmar que no futuro poderão surgir novas pretensões que no mundo atual são no mínimo impensáveis, como por exemplo a não portar armas contra a própria vontade. Este fato, prova que não existem nos ordenamentos jurídicos direitos fundamentais por excelência, uma vez que o “que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”.

Diante dessas novas concepções de direitos que possam surgir, importante ressaltar que a proteção internacional dos direitos humanos fundamentais tem sido objeto de regulamentação internacional desde os primórdios do que se conhece por Direito. Os antecedentes históricos de maior importância são: a intervenção humana, a inclusão de disposições relativas à proteção de certos direitos em determinados tratados internacionais, as regras relativas a proteção das minorias, as regras relativas a proteção dos estrangeiros e, principalmente a normas internacionais de proteção do trabalho. Em quanto tais regras sigam vigentes, pode-se afirmar que são parte do atual direito internacional dos direitos humanos (CASTILLO, 2003).

Portanto, o direito internacional clássico era considerado um direito entre os Estados, no sentido em que somente eles eram sujeitos de direito internacional. E nesse ambiente, o indivíduo era objeto de algumas regras, e, no caso de os Estados tivessem obrigações de respeitar os indivíduos, os beneficiários dessas obrigações eram os Estados nacionais de tais indivíduos. Isto é, essas regras não garantiam

direitos a favor dos nacionais se não a favor dos Estados, e somente estes podiam exigir seu respeito (CASTILLO, 2003).

E dessa maneira, no atual cenário global a ideia de proteção dos direitos humanos não pode mais ser reduzida ao domínio reservado ao Estado, e assim, essa concepção inovadora aponta duas consequências: a primeira é a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, ou seja, transita-se de uma concepção de soberania centralizada, a uma concepção de soberania voltada a cidadania universal; e a segunda pode ser entendida como a ideia de que o indivíduo deve ter seus direitos resguardados na esfera internacional (PIOVESAN, 2014).

Contudo, o combate ao desemprego e a exclusão social no âmbito sofre algumas restrições quando analisado os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos no momento em que não estão os Estados obrigados a seguirem as suas orientações quando dele não o fazem parte, dado que a adesão é voluntária e necessita do consentimento expresso, com a finalidade de que seja respeitado o princípio da autodeterminação dos povos e a soberania estatal. Ressalta-se que a cláusula da primazia da norma mais favorável presente em grande parte dos tratados de direitos humanos do trabalho, segundo Coelho (2008), não poderá ser utilizada como fundamento à limitação de proteção de maior abrangência conferida por outro tratado ou até mesmo por normal de direito interno.

Haja visto o processo histórico de construção, que admite reconstruções, dos direitos humanos, surge uma determinada retração ao positivismo do ordenamento jurídico (aquele de caráter simplesmente formal) onde reaparecem ideias de Kant, no sentido de dignidade, quando o ser humano passar a ser concebido como pessoas e sendo um fim em si mesmo, e não como coisa, descartáveis (PIOVESAN, 2014).

Considerando as palavras de Bobbio pode-se dizer que os direitos humanos não nascem de uma só vez, eles começam a surgir no momento em que surgem as necessidades, é uma eterna luta de direitos, dependendo do momento histórico em que estiver inserido. Os direitos humanos são considerados como aqueles inerentes ao ser humano, só pelo fato de existir, por sua natureza humana e são considerados fundamentais depois de positivados. Sua proteção faz parte de um longo e gradual processo histórico e estão em constante mutação, por isso se faz necessário sua

compreensão.

Segundo Clóvis Gorczewski (2009), alguns autores criticam utilizar a expressão “geração” para nos referirmos a direitos humanos, pois poderia induzir a erro, pois quando se fala em geração temos a ideia de que algo surge, se estabelece e perece. Para tanto sugere que se utilize a expressão de “Dimensão” quando tratar de Direitos Humanos. Existem Direitos Humanos de Primeira até Quinta Dimensão sendo que serão analisados a seguir até os de Terceira Dimensão, pois o restante pode ser considerado que deveria estar intrínseco nos anteriores:

Primeira Dimensão: Surge por volta do século XVIII, e traz consigo a ideia de que já nascemos com este direito, pois são inerentes ao ser humano, são direitos individuais, como: vida, honra, dignidade, liberdade. Somos livres para e não necessitamos do Estado para que possamos adquirir tais direitos, são os Direitos Humanos.

Segunda Dimensão: Surge a partir do Século XIX e necessitam da representação e intervenção do Estado para sejam garantidos tais direitos. Aqui surgem os direitos sociais, onde o Estado oferece ao ser humano o mínimo de dignidade alcançando saúde, educação, segurança, habitação, previdência. Busca-se através deste direito igualar as pessoas com as mesmas condições de Direito de Cidadania.

Terceira Dimensão: Aqui aparecem os Direitos Difusos, por volta do século XX, e dizem respeito aos direitos ao meio ambiente, paz, informação e desenvolvimento, participação popular. Sugere-se a ideia de fraternidade, entretanto, não são efetivos.

Quarta Dimensão: Século XX Reprodução Humana, aborto, eutanásia, clonagem, células tronco, transgênicos, entre outros. Quinta Dimensão: Século XXI Inteligência Artificial, realidade virtual, comércio eletrônico, entre outros.

A positivação é mera consagração normativa de direitos já existentes, ela é de caráter forma, pois pelo simples fato de ser humano já se possui direitos. Existem algumas teorias que buscam explicar a positivação dos direitos humanos fundamentais, a saber:

Teoria positivista, caracterizada pela descrença de um direito anterior à positivação e segundo Bentham e Austin, os direitos humanos, não positivados, compõem o ramo das regras que interessam à moralidade positiva. Já a Teoria

realista, situa o problema da positivação no campo da política, plano econômico-social, pois não considera a positivação como um processo declaratório, tampouco constitutivo – constituindo, assim, uma crítica ao jusnaturalismo e ao positivismo.

A positivação não é o marco final na garantia dos direitos fundamentais, mas uma das condições para o desenvolvimento de técnicas de proteção aos direitos fundamentais. Por meio das Constituições surge a fundamentação de cunho jusnaturalista racional dos direitos inerentes e a titularidade dos direitos por todos os cidadãos, de um Estado ou de todos os homens pelo fato de sê-lo, possuindo assim natureza jurídica, tratando os direitos fundamentais como um conjunto orgânico.

Necessário para a concretização e adequação à realidade dos Direitos Fundamentais é a atuação do Poder Judiciário, garantidor de tais direitos na sociedade. No liberalismo o juiz era tido como mero aplicador da lei e não poderia em momento algum interpretar ou criar leis, pois segundo Montesquieu, seria um perigo eminente tornar o juiz em legislador. Atualmente houve um progressivo reconhecimento das faculdades normativas da legislatura e o judiciário apresenta-se no processo de positivação dos direitos fundamentais, através dos precedentes jurisprudenciais.

Pode-se citar Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 747) que retrata muito bem a importância da preservação dos princípios fundamentais:

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

Com a experiência Inglesa a partir da Carta Magna de 1215, surge segundo Gorczewski (2009) o “grande totem dos direitos fundamentais”. Os Direitos previstos são os direitos de propriedade, liberdade de crença, motivação de sentenças. Já mais evoluída do que as sociedades europeias surgem a Revolução americana que já garante uma sociedade com homens livres e iguais perante a lei. Sua Declaração de Independência foi por volta de 1776 e teve forte inspiração de Looke com a ideia de direitos naturais e do contrato social.

Também nesta ideia de Revolução pode-se citar a Francesa, que foi por volta

de 1789 que definia como direitos naturais e imprescritíveis liberdades, a segurança, a resistência à opressão, reconhecendo a igualdade e a separação dos poderes. Na Revolução Francesa pode ser considerada como o berço de um novo Constitucionalismo, com a queda do modelo feudal, com o poder justificado na religião abrindo espaço para a teoria do contrato social, passando ao Estado o dever de proteção e liberdade do indivíduo.

O grande lema a ser considerado é a Liberdade, para os nobres e ricos, a Igualdade para aqueles que possuem poder e propriedade e a Fraternidade não aparece como lema principal. A Solidariedade aparece como virtude e não como princípio, já lá na segunda Revolução.

Em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto sobre direitos Cívicos, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, criaram-se mecanismos capazes de proteger os Direitos Humanos Fundamentais, entretanto percebe-se que ainda não está completa. São os pressupostos de que o homem é anterior ao Estado passando a ser regido por dois princípios que são, a saber:

Princípio da Distribuição, que diz que a liberdade é anterior ao Estado, faz com seja ilimitada a liberdade do indivíduo e limitada para o Estado. Daí surge a ideia de que o indivíduo é livre para fazer tudo que não é proibido e ao Estado somente o que é permitido, interferindo somente quando necessário.

Princípio da organização ocorre com a organização dos poderes o que acentua o caráter limitado da atuação estatal e assegura os direitos dos indivíduos de maneira neutra e racional. Surge através do consentimento do povo de forma representativa, discutida anteriormente e com publicidade. Desse modo, pode-se dizer que os direitos humanos são uma “utopia” necessária e serve para que possamos evoluir, é o que nos move.

Diante dessas novas construções e reconstruções ligado a realidade globalizada caracterizado pelas relações sociais líquidas, voláteis, torna-se necessário (re)pensar os conceitos envolvendo os direitos humanos do trabalho, conduzindo-lhes a uma fundamentação de sociedade constituída, acima de tudo, por diferenças. Desse modo, no entender de Campuzano (2008, p. 09) a globalização como está hoje gerou uma disfunção entre as instituições políticas/jurídicas e o desenvolvimento do mercado, “cuja precariedade é, justamente, base para o avanço de um capitalismo frenético, possessivo e indecente”.

Deste modo, basicamente o prejuízo ou o erro em que envolve o Ocidente é

[...] que restringe a capacidade de criar, desenvolver e desfrutar direitos a determinados grupos humanos, negando a possibilidade de ser desfrutado a outros grupos humanos. Se os compartilha, o faz delegativamente, como um bem já alcançado e que concede a outros. Detém o monopólio da liberdade, da igualdade e da dignidade, de seus significados e de como devem ser desfrutados (RUBIO, 2010, P. 91).

Nesse contexto, essa concepção tinha por consequência que o direito internacional se desentendia da forma com que um Estado tratava seus nacionais: ao maltratá-los não violava direitos de nenhum outro Estado, uma vez que o trato com os seus indivíduos formava parte da jurisdição exclusiva do Estado, isto é, nenhum outro país detinha o direito de intervir a favor dos nacionais de outras nações (CASTILLO, 2003).

Diante de todo esse cenário, é inadmissível que continuem negligenciando direitos econômicos, sociais e culturais nas mais diversas partes do mundo e pelos mais variados Estados. E esse descaso com a sociedade é acentuado pelas gritantes injustiças e disparidades locais, não podendo existir Estado de Direito em meio a políticas públicas que desencadeiam a humilhação do desemprego e o empobrecimento das grandes massas, ocasionando a negação total dos direitos humanos e em especial ao acesso à justiça (TRINDADE, 1997).

Portanto, não faz sentido os Estados levarem as últimas consequências os direitos civis e políticos ao mesmo tempo em que toleram de forma visível a discriminação em relação aos direitos sociais, essencialmente ao direito humano fundamental ao acesso à justiça. Vive-se em sociedade e esta sociedade é regida por um Estado, ao qual deposita-se todo o poder para solução dos conflitos. Entretanto, dentro desta mesma sociedade se formam vários outros grupos distintos, que fazem suas próprias regras e que as respeitam.

Pode-se exemplificar com o grupo de indígenas nas Aldeias que vivem dentro de um espaço, dentro de uma sociedade, mas que possuem a sua própria justiça, a sua cultura e respeitam suas próprias regras. Assim também podemos citar os ciganos com suas características peculiares, os negros, nos últimos quilombolas existentes, dentre outros grupos.

Acontece que, quando os conflitos de uma sociedade se tornam cada vez mais complexos e uma quantidade quase que exagerada de ações são propostas e

não são resolvidos de forma satisfatória pelo Estado, a população passa a questionar. Novas instâncias começam a surgir para que sejam satisfeitas as necessidades deste cidadão envolvido neste conflito, a possibilidade de um enfoque mais humano, através da busca do diálogo, respeitando o princípio da dignidade humana já vem sendo proposto.

Possibilidade da utilização de outros institutos como a negociação, a conciliação, a arbitragem e a mediação são alternativas válidas, para uma solução mais ágil e eficaz quando se trata de conflitos. Sistemáticamente grupos de pessoas vêm sendo capacitados com a finalidade de promover, através de encontros, extrajudiciais, o tratamento de conflitos, através da busca do diálogo respeitando o bem-estar individual e social.

Este procedimento já vem sendo utilizado pela Comunidade Europeia, que em 1993, através do documento da Comissão das Comunidades Europeias considerando que como os procedimentos extrajudiciais vinham tendo bom desempenho na solução de conflitos obedecendo sete princípios: Princípio da Independência: que deve garantir a imparcialidade e capacidade da pessoa designada; Princípio da Transparência: transmitir todas as informações com transparência e clareza; Princípio do Contraditório: garante a todos os participantes que exponhas suas razões para estarem participando desta reunião; Princípio da Eficácia: para ser eficaz deve ter acesso direto e gratuito de que participa do litígio; Princípio da Legalidade: não pode ser contrária a lei o que for decidido e nem privar nenhuma das partes do direito assegurado; Princípio da Liberdade: Liberdade para aderir ou não à reunião para a solução do conflito; Princípio da Representação: as partes podem ser representadas e assistidas em qualquer etapa do procedimento.

Sabe-se que na Argentina desde 1995 foi instituída a obrigatoriedade da mediação, prévia ao litígio, já na Colômbia desde 1991 vem sendo incentivado o uso de meios alternativos na busca destas soluções. Como política pública no Brasil não existe a obrigatoriedade da utilização embora preveja na sua legislação a utilização da conciliação antes de dar continuidade ao litígio, entretanto, já sinalizou, desde 1996, através da Lei de Arbitragem a possibilidade de novos institutos para a solução de conflitos e desafogamento do judiciário.

Como já mencionado anteriormente vários são os institutos que podem ser utilizados na busca da solução dos conflitos: Na negociação, para alguns autores

consideram este instituto como meio onde duas ou mais pessoas devem concordar com o que cada uma deve dar ou receber em uma transação, segundo Rubin Brawn. Já para F. Ilké (1994), trata de um processo onde as propostas são apresentadas de forma explícita, com o propósito de alcançar interesses comuns e resolver o interesse conflitivo.

É a forma mais comum e frequente de tratamento dos conflitos, superando a inata tendência de impor a própria vontade independente do que o outro almeja ou esteja sentido e negociando de forma tranquila e racional, busca-se uma solução negociada e consciente. No que se refere a conciliação, esta por sua vez é compreendida como o instituto que almeja a solução dos conflitos de uma maneira auto-compositiva, mas visa a solução do conflito através de um terceiro, que vai busca o equilíbrio na negociação. O objetivo da conciliação é a busca de um acordo entre as partes conflitantes, de forma ágil e que sejam satisfeitas as necessidades das partes, não ataca o conflito, mas discute o prejuízo material, a materialidade do fato.

E a arbitragem, até poderia pensar como algo novo, mas do ponto de vista histórico é o instituto mais antigo de solução de conflitos, pois desde o Código de Hamurabi podemos observar inúmeras referencias de situações conflituosas resolvidas através da arbitragem. Na Roma antiga também era muito utilizada e afirmam alguns autores, que o instituto jurídico teve sua origem através do processo romano e que era a forma mais utilizada naquela época para se prevenirem da invasão dos Bárbaros, possibilitando a solução dos conflitos através de regras livremente escolhidas.

Consiste no tratamento de conflito com a intervenção de um terceiro livremente escolhido pelas partes, alguém capacitado e de sua confiança, que visa proporcionar a busca do diálogo e a solução do conflito, sem a intervenção do Estado. Os árbitros recebem o poder das partes para que com base nas convenções consigam resolver suas diferenças com a finalidade do bem estar individual e social e o que for acordado terá eficácia da sentença judicial.

E por último e não menos importante tem-se a mediação que vem a ser o instituto que está sendo desenvolvido com intuito um pouco mais amplo do que os demais, vem com a proposta da busca de restabelecer o diálogo, na busca, se possível da forma mais adequada da solução de conflitos, entretanto seu objetivo

não é o acordo necessariamente, mas a busca do elo quebrado entre as partes.

Ela pode ser particular ou promovida pelo Estado, não é obrigatória e dependerá da aceitação das partes para que ocorra. É composta por dois mediadores, pelos mediados e por observadores dos mediadores para que tenha validade no meio jurídico. Já quando realizada a mediação de forma particular é necessário que haja dois mediadores e os mediados.

Proporciona aos participantes a possibilidade de serem ouvidos e de ouvir o que o outro tem a dizer, num ambiente equilibrado e com respeito, buscando através do diálogo questões que muitas vezes ficam ocultas em um processo judicial. Segundo John Haynes e Marilene Marodin (1996), considera que para se entender de mediação precisamos conhecer as premissas como: a) Todo o conflito é saudável, mas o conflito não resolvido torna-se um perigo pela dinâmica de mudanças; b) As disputas resolvidas na mediação são atuais e não questões do passado, estas devem ser resolvidas com terapia; c) Quase todos os que participam de mediação visam o acordo, não realizado ainda por falta de interesse ou de conhecimento; d) A mediação normalmente tem êxito quando as partes possuem algum vínculo posterior a mediação; e) Se aceitaram a mediação é porque estão dispostas a resolver o conflito; f) Mediado deve transmitir a neutralidade, sigilo e transparência; g) Busca, pelo mediador, de algo sublime no interior de cada pessoa que participa do processo de mediação.

Inúmeras são as vantagens da utilização deste instituto como a rapidez, a economia, a informalidade, uma visão futura e conseqüentemente o respeito aos direitos humanos fundamentais, proporcionando ao ser humano a possibilidade de ver atendidos seus direitos e o mais importante o que ele tem de mais importante seus valores individuais.

Desse modo, o estudo da mediação, especialmente a familiar, enquanto mecanismo adequado ao tratamento de conflitos será abordada no capítulo seguinte, quando da análise dos dados obtidos por meio de uma pesquisa realizada com advogados que atuam na seara do Direitos das Famílias junto a Comarca de Santa Cruz do Sul

3 A MEDIAÇÃO FAMILIAR ENQUANTO MECANISMO ADEQUADO AO TRATAMENTO DE CONFLITOS: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DE ADVOGADOS NA COMARCA DE SANTA CRUZ DO SUL

A prática da mediação não está entregue ao mero ritual de tentativa de acordo entre partes em litígio, sendo um simples meio para determinado fim que, dependendo das circunstâncias pessoais de quem participa, pode ou não significar um benefício. Por vezes, a mediação merece um olhar mais aguçado, pretensioso a encontrar os fundamentos jurídicos, psicológicos, sociais e humanitários que criam a estrutura metafísica dessa prática de resolução pacífica de conflitos.

Por isso, não é suficiente para a real compreensão da mediação, que o estudo acerca desta prática inicie e desenvolva-se a partir de um conceito já estabelecido. Ao invés, é extremamente importante que, primeiro, se desconstrua o objeto para depois poder construí-lo, aos poucos, parte por parte, até se obter a mais clarividente compreensão possível do que é a mediação.

Para tanto, o capítulo que a seguir se desdobra, visa buscar a elaboração de algumas concepções conceituais e metodológicas sobre o objeto de estudo, a mediação familiar. Vale lembrar que “conceito” é a definição teórica das características próprias de um objeto, através das quais pode-se representar com racionalidade a forma de ser daquele objeto em estudo, colocando-o em seu devido lugar. Já as concepções metodológicas, em si, são o resultado da interpretação dos elementos teóricos segundo os quais a mediação, que é uma prática propriamente dita, se realiza externamente. Ou seja, trata-se de apresentar as circunstâncias práticas necessárias para a concepção da mediação.

Somente a partir dessas (des)construções teóricas do objeto estudado, a compreensão da razão de ser deste e de sua forma de ser pragmaticamente falando, é que será possível. Então, o que inicialmente era tido como algo já estabelecido, pronto, deixa de assim existir e passa a ser (re)construído segundo as concepções conceituais e metodológicas delineadas nos subitens a seguir, contribuindo para uma melhor compreensão dessa prática tão importante que é a mediação.

3.1 Mediação familiar: origem, natureza jurídica e objetivos

A palavra mediação tem sua origem do latim do verbo *mediare*, que quer dizer intervir ou colocar-se no meio (ROBLES, 2009). Esse método é utilizado em muitos países da Europa, América do Norte, como Estados Unidos, Grã-Bretanha e França, como mecanismo de resolução de conflitos, principalmente os familiares. Spengler (2012, p. 49) sobre a origem e o conceito do termo mediação, afirma que ela possui o significado “de centro, de meio, de equilíbrio, compondo a ideia de um terceiro elemento que se encontra entre as duas partes”.

Embora seja considerada por muitos como um instituto moderno do direito, a mediação já era praticada a milhares de anos, há registros de sua existência da Grécia antiga em 3.000 a.C., bem como no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia em conflitos envolvendo Cidades-Estados (CACHAPUZ, 2011). “Desde os povos primitivos, já existia a Mediação, como uma forma de solução para os litígios, para resolverem assuntos religiosos e cíveis onde os conflitos eram decididos por seus integrantes mais velhos (GALVÃO, online).

Desse modo, há países que foram disseminadores da mediação, como por exemplo os Estados Unidos, onde, de acordo com Cachapuz (2011, p. 24), “[...] na década de 70, os casos de divórcio antes de irem para a justiça, precisavam passar pela mediação em busca de soluções, na tentativa de salvar a família”.

Em alguns países como na França, há um Código de Mediação que traz esse método como um procedimento facultativo, em que as partes interessadas devem aderir de forma livre e expressando a sua concordância de engajar-se nesta ação chamada mediação, que, por sua vez, terá a ajuda de um terceiro neutro e imparcial com formação especialmente capacitada para esse fim, sendo este último o mediador. Ou seja, a mediação não pode ser imposta, precisa ser aceita, decidida e realizada pelo conjunto dos protagonistas.

No Brasil, a mediação se sustenta no princípio da soberania da vontade, como se verifica na citação de Cachapuz (2011, p. 29):

A mediação alicerça seus fundamentos básicos no princípio da soberania da vontade, propondo-se a uma reorganização e reformulação da situação geradora da controvérsia. A liberdade das partes de procurarem o instituto, já produz a sua primeira tendência de resolução, pois partir delas a ideia

de rever a causa que veio provocar o desajuste, possibilitando a autodeterminação de cada indivíduo.

Em recente aprovação no Congresso Nacional²⁰, o ordenamento jurídico brasileiro passou a contar com uma legislação sobre o método da mediação, mostrando o interesse da sociedade e do legislador na busca por métodos de resolução de conflitos, principalmente os familiares, por intermédio do consenso dos próprios conflitantes. Assim sendo, o modelo de mediação no Brasil é inspirado nos procedimentos da França, os quais tem por base o modelo de mediação facultativa, fundamentado na manifestação da vontade das partes.

A mediação faz parte dos meios alternativos de tratamento de conflitos, os denominados autocompositivos, onde os sujeitos envolvidos na lide são os responsáveis pela solução da mesma. É também um método consensual de solução de conflitos, que visa à facilitação do diálogo entre as partes, para que melhor administrem seus problemas e consigam, por si só, alcançar uma solução.

A mediação é um processo de tratamento de conflitos no qual se solicita ou aceita a intervenção de um terceiro imparcial; os participantes são parceiros e não adversários; todas as diferenças são negociáveis e alenta a autopromoção, a comunicação e a responsabilidade. Também incentiva os indivíduos a tomarem suas próprias decisões, ao invés de solicitar a solução a um terceiro (juiz); é um procedimento que resolve o litígio, restaura o relacionamento entre as partes e as educa para a resolução autônoma de seus litígios.

Para Nazareth (1998), a mediação pode ser compreendida como um método de condução de conflitos, aplicado por um terceiro neutro e especialmente capacitado para esta finalidade, cujo objetivo é restabelecer a comunicação produtiva entre as pessoas que se encontram em um impasse, auxiliando-as a chegar a um acordo, se for o caso.

Nesse cenário, a mediação dos conflitos, não se trata especialmente enquanto meio que tem por finalidade substituir a jurisdição estatal na solução de problemas jurídicos, mas sim instrumento e técnica que pode ser utilizado para “facilitar a tarefa de se encontrar a solução mais adequada para o litígio, diretamente pelas partes ou com o auxílio de um terceiro [...] trazendo como

²⁰ Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a auto composição de conflitos no âmbito da administração pública (ANEXO B).

corolário a pacificação social, quando levam à eliminação do conflito de interesses” (PAROSKI, 2003, p. 304).

Desse modo, a mediação pode ser extra processual ou paraprocessual, e, segundo Robles (2009, p. 14):

A primeira consiste na atividade da mediação praticada e oferecida em órgãos e entidades privados, religiosos, de assistência social ou em clínicas. A segunda é uma atividade ligada ao Poder Judiciário, praticada antes ou no curso do processo. Em alguns ordenamentos jurídicos, após ser distribuída e antes da submissão da demanda ao juiz, é obrigatória a tentativa de mediação, a fim de se intentar uma solução consensual da disputa. A mediação é um método menos beligerante e torturante do que o processo judicial, para solução das lides familiares.

Por sua vez, tratando-se da natureza jurídica da mediação, basicamente, pode-se dizer que a mesma é contratual, pois sustenta-se na soberania da vontade das partes, onde estas exprimem intenções de criar, extinguir ou modificar direitos, constituindo-se de um objeto lícito e não defeso em lei. Diante disso, pode-se constatar que estão presentes os elementos formadores do contrato.

De outro norte, como lembra Cachapuz (2011, p. 35) tem-se a mediação como um método de aspecto jurisdicional, pois trata-se de uma forma de jurisdição, no momento em que “o Estado determina a resolução de conflitos através dos meios pacíficos de controvérsias. Principalmente, no momento em que for aprovado o anteprojeto em que se prevê a utilização da mediação”.

Assim, verifica-se que este instituto tem por objetivo eliminar o conflito. Entretanto, “sua fundamentação está alicerçada basicamente na vontade das partes e não na aplicação da lei, o que a distânciava do caráter clássico de jurisdição” (CACHAPUZ, 2011, p. 35). Para o Luiz Alberto Warat (2001, p. 29), a “mediação é uma forma de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o instituto de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção penal”.

Quando as próprias partes envolvidas no conflito querem que ele seja tratado, conseqüentemente, esse processo terá maior sucesso, por meio da reflexão em que é repensado o relacionamento, sem o a necessidade de sair apenas um vitorioso e sim, com a vitória completa da relação, isto é, de todos os envolvidos no conflito.

A mediação é basilar como meio de tratamento de conflitos familiares, já

que a partir dela “é que se pode vislumbrar a satisfação real no término do desajuste, pois é enfatizado que não há culpa nem culpados, e que as partes, conjuntamente, devem buscar uma solução com a ajuda do mediador” (CACHAPUZ, 2011, p. 29).

Nos conflitos, as partes envolvidas têm o dever de elas mesmas, por intermédio do diálogo, tentarem resolver seus litígios, e a mediação é o método utilizado para esse fim, pois segundo a Serpa, a mediação é

[...] um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste (a)os disputantes na resolução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através de neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substancia destas (SERPA,1999, p. 90, grifo no original)

Os conflitos, em geral, são levados para um terceiro resolvê-lo, nesse caso o Juiz. Porém, os conflitos familiares são os mais prejudicados, pois mesmo depois das sentenças, que demoram anos para serem proferidas, ainda assim, permanecem resquícios de litigiosidade entre os conflitantes, tendo, ao final, uma parte que ganha e outra que sai perdendo.

O objetivo da mediação não é esse, vez que ela tem por fundamento restaurar a comunicação entre as partes a fim de que estas percebam, por si mesmas, qual é a melhor solução para ambas. Veja-se que, nas palavras de Cachapuz (2011, p. 40):

O objetivo fundamental da mediação é o comportamento humano, pois sua finalidade é a resolução dos conflitos relativos à interação do ser na sociedade. Todo o conflito pode passar pela mediação, pois ela tem em vista o acordo, ou melhor, a paz social. Abrange todo e qualquer contexto de convivência capaz de produzir litígios. Tudo o que as partes em conflito entenderem que a mediação pode solucionar, tem o seu cabimento, pois é através da vontade que se tem bom êxito. Uma vez demonstrada a intenção de ver o problema solucionado, já se pode vislumbrar o sucesso da mediação.

Um dos problemas que os processos judicializados enfrentam é a sobrecarga nos fóruns, fazendo com que o Poder Judiciário não consiga atender, de forma célere e a contento, a necessidade dos cidadãos que recorrem a ele, inviabilizando, assim, o atendimento aos anseios da sociedade. Isto é, como

bem lembra Caivano, Gobbi e Padilla (1997, p. 34) “lentidão provocada pelo excesso de causas, a complexidade das matérias objeto das demandas judiciais, a rigidez em excesso das normas processuais e o abuso dessa situação pelos advogados”. Por esse fato, a degradação na qualidade das decisões são fatores que acabam por desencadear a insatisfação dos interesses dos cidadãos, sendo este um dos efeitos mais visíveis da crise do Judiciário.

Já a mediação, neste sentido, é apresentada como um meio eficaz nas relações familiares. Nesse sentido, Robles (2009, p. 40) afirma que a mediação consiste “em um método que se apoia em diversos campos do conhecimento, que trabalha com a subjetividade das relações, respeitando as partes”, convocando-as para que elas próprias consigam resolver seus conflitos, com o auxílio de um terceiro imparcial, essa convocação voluntária pode trazer à tona “sujeitos de suas vidas que são, ao invés de se sujeitarem à submissão a uma sentença imposta pelo Estado, com base em uma única disciplina, na letra fria da Lei, sem considerar a afetividade que permeia as relações familiares”.

Uma característica essencial aos relacionamentos familiares é o afeto, que hoje é visto como principal valor do Direito das Famílias. “Desse modo, é inconcebível que esse fundamental elemento seja ignorado pelo Poder Judiciário na resolução das controvérsias familiares” (ROBLES, 2009, p. 43).

Oportuno lembrar que, quando se trata de conflitos familiares, antes de se tornarem de direito, consubstanciam-se unicamente em desavenças afetivas, psicológicas, de relacionamento, que sempre antecedem a mágoa e o sofrimento daqueles que integram os casais. Agora, estas mesmas pessoas devem manter a qualidade de pais, olvidando seus interesses próprios em favor do interesse dos filhos, unicamente.

As palavras do Juiz de Direito da 3ª Vara de família de São Luiz/MA, Lourival de Jesus Serejo apud Robles (2009, p. 44), ilustram bem a questão:

[...] da nossa cadeira de juiz, por debaixo da toga, contemplamos o amor reduzido à contabilidade, nas desavenças sobre o *quantum* das pensões alimentícias e na divisão dos bens, quando das separações. Como confessores das desilusões, somos atingidos pelas lágrimas da separação, doloridas, penetrantes, pesadas; os olhares vazios, longos, cheios de recordações e revolta; a indiferença dos pais quanto aos filhos, as acusações terríveis, às vezes abjetas, contra quem, por quem, por muitos anos, compartilhou da cama e da mesa, e tantos outros quadros que desfilam diariamente a nossa frente. Como bem disse Rodrigo da Cunha Pereira, “os restos do amor levados ao Judiciário para que o juiz

sentencie quem é o culpado acabem transformando-se, muitas vezes, em verdadeira história de degradação da outra parte”.

Mesmo que tentem, os juízes só conseguem analisar, nas questões familiares, as provas que estão no processo e, assim, desencadeando uma decisão judicial inadequada. “As reais causas das lides não são consideradas com a importância devida, as reais necessidades não são postas pelas partes, logo, a sentença dificilmente será adequada e proferida de acordo com tais necessidades” (ROBLES, 2009, p. 44).

Frequentemente, as sentenças proferidas pelos magistrados não são cumpridas pelas partes, fazendo com que as partes retornem ao judiciário, insatisfeitas, gerando o fenômeno da reincidência processual. Isso porque, como já bem mencionado, o Judiciário só tem acesso ao que está nos autos, não sabendo, por vezes, a realidade do conflito, gerando sentenças que apenas põe termo a um processo e não resolve o conflito.

Nesse sentido, Thomé (2010, p. 127) é contundente ao assegurar que, no caso de um divórcio, a busca por um culpado pela falência do casamento acaba por gerar a perpetuação do ressentimento, e isso ocorre devido ao fato que a decisão proferido por um juízo ou tribunal não pode ser compreendido como a única solução ou remédio plausível para o término do sofrimento causado pela demanda judicial, “além de não devolver aos envolvidos a responsabilidade e a autodeterminação por seus atos, inclusive por suas escolhas pessoais na formação da família”.

Desse modo, com a mediação familiar não se teria nas famílias os prejuízos suportados pelos membros ao longo do processo, conforme verifica-se em sua citação:

A síndrome de perde e ganha, a necessidade de provar a culpa do outro, e a demora na obtenção de uma solução, característica do processo judicial, só fazem acirrar o conflito, aumentar a raiva, a mágoa, despertar o sentimento de vingança, entre pessoa que, apesar da separação, ainda terão um relacionamento, precisarão se comunicar, principalmente nos casos de separação e divórcio e de dissoluções de uniões de casais com filhos (ROBLES, 2009, p. 45).

Sendo assim, a redução das demandas familiares, cada vez mais frequentes e em maior número, e que assolam o Poder Judiciário, não devem ser vista como finalidade, mas será, incontestavelmente, uma consequência da prática da mediação familiar. Nesse contexto, importante salientar que em 2010 o Conselho

Nacional de Justiça instituiu por meio a resolução nº 125 a política pública nacional para resolução de conflitos por meio da utilização de meios consensuais de tratamento de litígios, como a mediação familiar ora estudada, de modo a assegurar ao cidadão o direito de resolver seus próprios conflitos por meios adequados às suas particularidades (CNJ, 2010).

O artigo 3º da Resolução, que delega a organização dos serviços oferecidos ao CNJ, evidencia uma vinculação existente entre os institutos e o Judiciário. Assim, conforme os parâmetros estabelecidos pela Resolução nº 125 do CNJ a utilização dos mecanismos consensuais se dá forma restrita, apenas na esfera judicial. Nota-se, portanto, uma incoerência do judiciário que defende a necessidade de abandonar da “cultura da sentença”, mas que ainda centraliza a estruturação dos meios de solução de conflitos para si.

Dessa forma, Trentin e Trentin (2011) explicam que a Resolução somente amplia a atuação do Poder Judiciário, trazendo os instrumentos consensuais de solução de conflitos à disposição do Judiciário, para após serem apresentados à sociedade, servirem de método para resolução dos problemas sociais, anteriormente ao ajuizamento do processo judicial. E de acordo com a conjuntura da Resolução, é dever o Poder Judiciário garantir o acesso à justiça, trazendo-se assim “uma nova imagem do Poder Judiciário, de prestador de serviço, que atenda aos anseios da comunidade” (LUCHIARI, 2011, p. 231).

Nesse mesmo sentido, A Lei nº. 13.140/2015 – Lei da Mediação e o novo Código de Processo Civil – CPC, Lei 13.105/2015, já em seu art. 1º, § 3º estipulou a conciliação e a mediação, dentro outros métodos de solução consensuais de conflitos, como métodos de observação obrigatória em todo o processo civil. O referido código estipula que caberá aos tribunais a criação de centros judiciários de solução de conflitos (art. 165), que serão competentes para realização das seções e audiências de conciliação e mediação. No entanto, verifica-se que o legislador inseriu a atividade e responsabilidade pela mediação e conciliação dentro da estrutura do Poder Judiciário (BRASIL, 2015).

E dentro do Direito das Famílias, o recente Código de Processo Civil, também possibilitou a alteração de alguns mecanismos, como a instituição da mediação familiar nos processos, a saber: Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o

juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar (BRASIL, 2015).

Conforme Trentin e Trentin (2011), ainda analisando o projeto que veio a se tornar a Lei 13.105, atribui-se a mediação o caráter de política pública afinal visa facilitar o acesso à justiça, reduzir o número de demandas e recursos, visando o andamento mais célere dos processos. De acordo com o que foi trabalhado anteriormente, a conciliação e a mediação, conforme a inovação legislativa, são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada (BRASIL, 2015)²¹.

Segundo o art. 334 do Novo Código de Processo Civil, estando a petição inicial em conformidade com os requisitos legais e não sendo caso de improcedência liminar do pedido, será designada audiência de conciliação ou mediação. Esse dispositivo, mostra a importância que a conciliação e a mediação terão na prática do novo processo. É interessante destacar que posituação da conciliação e da mediação judicial como meio de composição de conflitos, tem especial relevância na procura de uma forma mais adequada de solução do litígio. Ressalta-se ainda que a mediação e conciliação não excluem outras formas extrajudiciais de resolução de conflitos, conforme prevê o art. 175 da lei.

Em razão disso, verifica-se que o Judiciário se aproxima-se do cidadão, porque traz, para dentro do Código, institutos como a conciliação e a mediação, com a finalidade de proporcionar o diálogo e conseqüentemente desafogando o Judiciário, na tentativa de diminuir a lentidão e a morosidade dos processos. O que se pode observar é que a mediação, aos poucos, vai se fazendo presente, porém o mais importante é a mudança na forma de pensar dos operadores do Direito, é fazer

²¹ Art. 166 da Lei nº. 13.105/2015: A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. § 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. § 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. § 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição. § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais (BRASIL, 2015).

com que estes tenham uma cultura no acordo, permitindo que surjam métodos alternativos capazes de resolver os conflitos existentes entre as partes.

Pinho (2011) assevera que, com o passar do tempo, espera-se que ocorra o amadurecimento da sociedade, de modo que o indivíduo passe a exercer um papel mais ativo na procura de soluções e no gerenciamento dos conflitos, abandonando a atual postura de recorrer sempre e de forma automática ao Judiciário, dialogando e procurando uma solução conjunta com a parte contrária. Desse modo, é essencial traçar as premissas básicas do papel do mediador familiar na busca por esse amadurecimento da sociedade por meio de instrumentos autônomos e democráticos. Assunto este trabalhado na sequência.

3.2 O papel do mediador familiar enquanto processo autônomo e democrático

A mediação é vista sob a ótica da teoria da comunicação, por meio da qual uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina aos conflitantes a despertar seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito. Essa pessoa é o mediador, o qual não decide pelas partes, mas sim, permite que as partes envolvidas no conflito fortaleçam-se, resgatando a responsabilidade por suas próprias escolhas, sendo essa a finalidade da mediação (BARBOSA, 2004).

Outra inovação positiva da Lei nº. 13.104/2015 e do novo Código de Processo Civil é o cuidado com figura do mediador, que poderá ser escolhido livremente pelas partes, ou caso não haja consenso ou não o façam, será feita distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal (BRASIL, 2015). Desse modo, o mediador favorece o diálogo na construção de escolhas satisfatórias para ambas as partes. A mediação não é meio substitutivo da via judicial de solução de conflitos, mas estabelece uma complementaridade que qualifica as decisões acerca desses desentendimentos, tornando-as verdadeiramente eficazes. Cuida-se da busca conjunta de soluções originais para pôr fim ao litígio de maneira sustentável e, acima de tudo, pacífica (DIAS, 2010).

Para ser mediador não é preciso ser um profissional da área jurídica, mas sim ter preparo específico para este tipo de tratamento de conflitos. Ele não formulará juízo de valores, não dará a solução adequada, não irá negociar, nem emitir parecer técnico, será um terceiro administrador da comunicação entre as

partes que auxiliará os litigantes a encontrarem, por si, a resolução do problema enfrentado (FERRARI; SANCHET; SILVA, 2011).

Dito de outro modo, o mediador não é um julgador, ele possui a função de aproximar os conflitantes para que possam alcançar o consenso. As disputas entre cônjuges, pais e filhos e entre companheiros, saem do conflito que degrada as relações familiares e estabelecem uma situação onde as partes assumem a responsabilidade pelas próprias decisões compartilhadas que, por sua vez tendem a ser mais duradouras que as decisões judiciais, pois estas encerram o conflito.

Uma boa forma de caracterizar o mediador é explicando o que ele não é um juiz, pois não impõe um veredito, mas do mesmo modo que o juiz, deve ter o respeito das partes. Não é um negociador, que toma parte na negociação, com interesse direto nos resultados; dependerá das partes a conclusão da mediação como um acordo ou não. Não é um árbitro que emite um laudo ou decisão. O mediador, ainda que seja um experto no tema tratado, não pode dar assessoramento sobre o assunto em discussão. Ele cuida do relacionamento e da descoberta dos verdadeiros interesses reais de cada uma das partes (SILVA, 2004).

“O mediador é uma pessoa selecionada para exercer o múnus público de auxiliar os litigantes a compor a disputa. Deve agir com imparcialidade e confidencialidade, o qual as partes possam falar abertamente” (SPENGLER, 2012, p. 51). Nesse cenário, segundo Elígio Resta (2004, p. 126), o “mediador que faz os interesses de um ou de outro promove a falência da mediação e perde sua identidade, transformando-se em advogado ou juiz demasiadamente parcial, senão corrompido” mas para isso já existem dentro do Poder Judiciário os magistrados e advogados, com seus valores e vícios.

A finalidade da mediação é exatamente responsabilizar os conflitantes pelo tratamento do litígio que os une a partir de uma ética da alteridade²², encontrar, com o auxílio de um mediador, “uma garantia de sucesso, aparando as arestas e divergências, compreendendo as emoções reprimidas e buscando um consenso que atenda aos interesses das partes e conduza à paz social” (TORRES, 2005, p.

²² A palavra alteridade possui o significado de se colocar no lugar do outro na relação interpessoal, com consideração, valorização, identificação e diálogo com o outro. Na relação alteritária estão sempre presentes os fenômenos holísticos da complementaridade e da interdependência, no modo de pensar, de sentir e de agir, onde o nicho ecológico, as experiências particulares são preservados e considerados, sem que haja a preocupação com a sua sobreposição, assimilação ou destruição (SPENGLER, 2012, p. 53).

171).

Diante desse contexto, Gomma Azevedo (2009, p. 59) traz algumas características que o mediador precisa ter, sendo elas:

[...] • aplicar diferentes técnicas autocompositivas de acordo com a necessidade de cada disputa. • escutar a exposição de uma pessoa com atenção, utilizando de determinadas técnicas de escuta ativa (ou escuta dinâmica) – a serem examinadas posteriormente. • inspirar respeito e confiança no processo. • administrar situações em que os ânimos estejam acirrados. • estimular as partes a desenvolverem soluções criativas que permitam a compatibilização dos interesses aparentemente contrapostos. • examinar os fatos sob uma nova ótica para afastar perspectivas judicantes ou substituí-las por perspectivas conciliatórias. • motivar todos os envolvidos para que prospectivamente resolvam as questões sem atribuição de culpa. • estimular o desenvolvimento de condições que permitam a reformulação das questões diante de eventuais impasses. • abordar com imparcialidade, além das questões juridicamente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam influenciando a relação (social) das partes.

O mediador também possui objetivos, sendo eles “o controle do processo, o suporte às partes, o estímulo à recontextualização da disputa como um fenômeno natural passível de resolução e a resolução das questões propriamente ditas” (AZEVEDO, 2009. p. 133). Assim, se o mediador conhecer muitas estratégias de atuação, podê-las-á usar em momento oportuno. Para Azevedo (2009, p. 133) se as “partes estão excessivamente nervosas e elevam o tom de voz uma com a outra, por exemplo, o mediador pode tentar uma destas abordagens, de acordo com seu objetivo, haja vista que são estratégias usadas por eles”.

- **Suporte às partes:** Eu vejo que essa é uma questão com a qual vocês (ou os senhores) têm especial preocupação, e ambos estão bastante frustrados com a forma como ela vem sendo tratada. É natural que vocês se sintam assim neste momento, afinal ninguém está satisfeito com a forma como as coisas estão. Estamos aqui exatamente para conseguir um acordo justo com menos desgaste emocional. Podemos começar por este ponto, com o qual parece-me que ambos concordam.
- **Controle do processo (Interrompendo as partes):** "Desculpe-me, gostaria de interromper por alguns instantes. No início do processo, lembro-me de ter explicado que a resolução das questões que vocês me trouxeram só seria possível se todos nos comunicássemos de maneira eficiente, e me parece que ambos concordaram com isso. Nesse sentido, dar a cada um de vocês mais uma oportunidade para falar sem ser interrompido, é um dos pontos essenciais para o sucesso desse processo. Assim, peço que ambos escutem, mesmo se não concordarem com o que estão ouvindo, e prometo que terão a chance de responder ao que foi apresentado".
- **Resolução do problema:** "Essa me parece uma questão bastante relevante, não é mesmo? Vejo que a forma como estamos tentando resolver essa questão nesse momento poderia ser mais produtiva. Então,

vamos retroceder um pouco e resumir o que mais importa para cada um de vocês, só para ter certeza de que entendi tudo corretamente. Depois, eu sugiro que nós abordemos apenas um ponto específico desta questão, e pensemos em cinco ou seis alternativas diferentes por meio das quais poderíamos resolver esse ponto de maneira satisfatória para todos...”. (AZEVEDO, 2009. p. 133, grifo original).

Além de tais estratégias, o mediador deve ter principalmente a capacidade de ouvir as partes sem se deixar influenciar por posicionamentos jurídicos ou que contenham juízos de valor, preconceitos ou concepções, deve ao mesmo tempo, demonstrar que está prestando atenção ao que está sendo dito, por linguagem corporal. Precisa se preocupar, de acordo com Azevedo (2009) em melhorar a forma como as partes enxergam o conflito, fazendo com que cada uma delas entenda a outra, estimulando o poder que elas têm de resolvê-lo de forma autônoma.

Como foi dito, a escuta é um dos postos-chave do mediador, já que no conflito as partes estão desajustadas emocionalmente. E é nesse momento que o mediador deve ter o condão de escutá-las para que possam desenvolver um novo elo de ligação entre elas. O mediador tem como objetivo conciliar as partes e transformar seus conflitos, sendo essas umas das inúmeras tarefas que possui. Tem algumas habilidades essenciais para chegar a seu êxito, tais como: melhorar a comunicação; apontar os pontos convergentes e divergentes; buscar alternativas de tratamento; restaurar a identidade; devolver a autonomia; sinalizar para um relacionamento futuro (CHAPUZ, 2011).

Rosane Cachapuz traz o relacionamento futuro dos conflitantes como um dos objetivos da mediação:

A mediação não prevê que todos os relacionamentos sejam retomados efetivamente, pois nem sempre a volta à convivência é o melhor caminho, principalmente, porque há situações que são inevitáveis, onde acabaram o amor, o respeito e os sentimentos necessários para se manter uma relação. É importante mencionar que não mais vivemos em um tempo em que os cônjuges eram praticamente obrigados a conviverem por convenções sociais; hoje há maior liberdade na busca da felicidade (CHAPUZ, 2011, p. 76).

Na exata definição de Ferrari, Sachet e Silva (2011) o mediador tem a principal finalidade de intervir no conflito a pedido das partes, após ter sido aceito por elas e, sendo assim, a maneira com que age nesse momento é determinante para o êxito ou não de todo o processo da mediação. Deve-se ressaltar que o mediador

sempre deverá agir com neutralidade e fidelidade aos princípios que regem a sua participação, uma vez que “Essa neutralidade deve ser traduzida pelo distanciamento necessário, já que cabe a ele absorver e minimizar as emoções advindas de sentimentos exacerbados, depurando-as e apresentando hipóteses de soluções para o conflito” (FERRARI; SACHET; SILVA, 2011, p. 05).

Os mediadores possuem a função precípua de facilitar a comunicação entre as partes; estabelecer confiabilidade como terceira pessoa imparcial e explicar o processo de mediação e suas etapas; acompanhar os envolvidos na busca de um entendimento satisfatório para ambos; favorecer uma atitude de cooperação, inibindo a confrontação frequente utilizada pelo sistema tradicional de resolução de conflitos e equilibrar o poder entre as partes, favorecendo a troca de informações.

O mediador é um profissional além de tudo imparcial, ele facilita a comunicação entre as pessoas, e tem como objetivo ampliar as alternativas para a resolução dos impasses e, assim, tentando reduzir os conflitos a níveis administráveis e também construir acordos mutuamente aceitáveis. É função do mediador “facilitar e não intervir na tomada de decisão; as partes envolvidas são autoras da solução do conflito, e as relações são transformadas em vínculos de solidariedade” (GALVÃO, online).

Quanto a profissão do mediador, Thome (2010, p. 125) afirma que os profissionais do Direito poderão exercer as funções de mediadores, “bem como os assistentes sociais, psicólogos e todas aquelas pessoas que se sentirem movidas a buscar formas de resolução de conflitos baseadas em atitudes e orientações de harmonia e pacificação das relações sociais”.

O advogado é aquele escolhido pelas partes para os representarem perante o Poder Judiciário, exercendo atividades de consultoria e assessoria. A Constituição Federal de 1988, traz que o advogado é indispensável à administração da Justiça, tornando-se obrigatória a sua presença em todos os processos movidos perante o Judiciário²³. Também na via extraprocessual é importante a sua presença, haja vista que possibilita uma forma viável de acesso entre as partes. “Já o assistente social tem por finalidade orientar, ajudar seu cliente a adquirir conhecimento de suas próprias dificuldades, auxiliando a executar seus problemas, com a finalidade de resolvê-los” (GALVÃO, online).

²³ Constituição Federal de 1988, art. 133: O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

O terapeuta procura levar as partes a uma forma amigável de conversa sobre suas diferenças e faz com que analisem suas situações financeiras, psicológicas, de interesse e vocações não apenas de cada um, permitindo que todos, independentemente do fato de terem tido anteriormente conflitos, tenham seus pontos de vista e interesses discutidos e levados a encontrarem saídas mutuamente satisfatórias (CAPPANARI, 2012).

Nesse ambiente, para Eligio Resta (2004, p. 130) o mediador pode ser concebido como um tradutor que deve ficar no meio de linguagens diversas, devendo conhecer as duas línguas e enquadrar-se como “meio, entre uma e outra; importante função essa quando mais línguas, linguagens, culturas, mundos entram em contato e têm necessidade de transformar o conflito potencial em comunicação”.

Com isso, pode-se constatar o importante papel do mediador, o qual estará apenas conduzindo a sessão e deixando na mão das partes o poder de decisão, haja vista que ele somente é o que se coloca no meio dos conflitantes. Antes de qualquer coisa, cabe frisar que a mediação é um procedimento facultativo, onde se devolve a comunicação entre as partes, de forma a que construam um acordo mutuamente satisfatório. Automaticamente, desse processo decorre uma responsabilização pelos envolvidos no cumprimento do que foi ajustado (FERRARI; SANCHET; SILVA, 2011).

A mediação é, portanto, um método autocompositivo e autônomo, já que as partes chegam a um acordo espontaneamente, por meio do auxílio do mediador (terceiro imparcial), que tem papel fundamental nesse processo, já que a ele incumbe restabelecer a conversa entre os envolvidos na lide, anteriormente rompido, aconselhando-os até que compreendam os seus problemas e cheguem às suas próprias respostas (FERRARI; SANCHET; SILVA, 2011). O diálogo se constitui no principal instrumento desse método de composição.

Em decorrência da intervenção do mediador na condução do processo de autocomposição, cria-se um ambiente de cooperação e controle, incitando as partes a negociarem entre elas acerca de interesses reais, evitando que debatam sobre suas posições pessoais e cheguem a conclusões unilaterais. Desse modo, na concepção de Thomé (2010, p. 117) a mediação “se apresenta como um espaço de escuta para o exercício da autonomia individual, com participação direta dos

envolvidos no processo de ruptura conjugal, com a realização de acordos e ajustes mais adequados às necessidades e aos desejos dos mediados”.

Este método autocompositivo pressupõe a escolha das pessoas de recorrerem a um terceiro imparcial, sendo assim, verifica-se o seu caráter democrático, pois as partes têm o direito de escolherem pela utilização da mediação ou não. Por sua vez, com o auxílio do mediador, as partes construirão um acordo elaborado por elas mesmas, com soluções adequadas e satisfatórias para ambas e que, por isso, obterá maior sucesso e efetividade no seu cumprimento.

A mediação é fundamentada também na autonomia das partes, sendo esse o seu caráter autônomo, “presumindo a disponibilidade dos participantes para reverem a posição adversarial em que se encontram e disporo acerca do seu início, término, acordo ou não do conflito” (THOMÉ, 2010, p. 116). Com o uso da mediação, estabelecer-se-ão caminhos entre os sistemas familiar, jurídico e social, assim concretizando uma prática social no exercício da cidadania, pois de acordo com Thomé (2010, p. 121) “os padrões apreendidos com a mediação poderão ser utilizados em outros relacionamentos sociais”.

A mediação é uma técnica de tratamento de conflitos que vem demonstrando no mundo sua grande eficácia ao tratar de conflitos interpessoais. Mais que isso, é um método não adversarial, já que não há imposições de sentenças ou laudos, permitindo às partes a busca de seus verdadeiros interesses e sua preservação através de um acordo (SILVA, 2004). E a mediação familiar é um processo no qual “o casal em instância de divórcio recorre, a fim de ele próprio resolver o seu conflito de uma forma mutuamente aceitável, permitindo-lhe alcançar um acordo familiar justo e equilibrado que complete os interesses de todos, sobretudo os das crianças” (IPMF, online).

Esse método alternativo, de acordo com Thomé (2010) é uma técnica de fortalecimento dos laços parentais, fraternais, restabelecendo aos envolvidos no processo de mediação a capacidade de responsabilidade por suas ações, pois é na família que os modelos de relacionamentos são abrangidos e utilizados nas relações sociais, e a mediação pode transmitir estímulos de respeito ao próximo, de solidariedade, de autodeterminação e estímulo ao exercício da cidadania. Assim sendo, para Thomé (2010, p. 128) “a mediação reconhece a autonomia de vontade de cada cônjuge dentro da relação familiar e a responsabilidade a ser assumida

por cada um dos participantes na solução de seus conflitos”.

Sendo decisão própria, mas fácil se torna o cumprimento, pois se parte do princípio que atendeu tanto à vontade de quem a propôs quanto à viabilidade de ser concretizada. Diferente da sentença, mesmo que homologatória de acordo, não haverá imposição do que quer que seja, e o que restar decidido será fruto do encaminhamento dado pelos próprios contendores a partir do que conseguiram realizar em termos de melhor encaminhamento de suas vidas, em decorrência do rompimento do vínculo (matrimonial, filial, etc), tendo por norte os pontos que eventualmente os manterão ligados, como filhos, por exemplo (FERRARI; SANCHET; SILVA, 2011, p. 05, grifo no original).

A mediação de conflitos acarreta autonomia individual, na medida em que as partes constroem a decisão final juntas, comprometendo-se em cumpri-la, responsabilizando-se por meio da alteridade. Nas palavras de Spengler (2010, p. 314) “a mediação pode organizar as relações sociais, auxiliando os conflitantes a tratarem os seus problemas com autonomia, reduzindo a dependência de um terceiro (juiz), ao mesmo tempo em que acarreta entendimento mútuo e consenso”.

É nesse sentido que a mediação, como instrumento comunicativo, permite que as partes construam uma decisão e comprometam-se, responsabilizem-se pelo seu cumprimento, assim, estimulando a participação e autonomia individual de cada conflitante, pois os sujeitos do litígio não devem esperar uma resposta estatal, mas sim, eles próprios, resolver seus problemas.

A mediação familiar propõe uma mudança de cultura que se inicia com a desvinculação da ideia de que sempre é necessária uma terceira pessoa para decidir ou impor uma decisão, mas sim, a participação do sujeito, destacando que esse método também possui um viés democrático. São as partes que elaboram o acordo, não existe a sua imposição. Assim, nos deparamos com a importância das políticas públicas, que no momento estão valorizando a participação do sujeito, tendo ele maior atuação, na resolução de suas lides (LEAL, 2008).

Logo, a mediação é um procedimento que, além de instituir o consenso, proporciona autonomia individual e instiga a prática democrática. Sua dinâmica desmancha a lide, decompondo-a em seus conteúdos conflituosos e avizinhando os conflitantes, ao contrário da decisão judicial – a qual toma por base uma linguagem terceira normativamente regulada. “A mediação pretende ajudar as partes a desdramatizar seus conflitos, para que se transformem em algo de bom à sua vitalidade interior” (SPENGLER, 2010, p. 320)

“É na soberania da vontade que se encontra a principal vantagem da mediação, pois, estando as partes dispostas a buscar um consenso, já se pode vislumbrar, ao nível emocional, a resolução do conflito” (CACHAPUZ, 2011, p. 137). Desse modo, tem por finalidade, segundo Robles (2009, p. 64) “à consecução de um acordo realizado pelas próprias partes, porque é a única forma de garantir a sua aplicabilidade, responsabilizando, assim, os envolvidos pela prioridade dada em seus acordos”.

A mediação quando comparada ao procedimento judicial, a certeza e seus critérios de previsibilidade são apontados como falha na mediação, já que no primeiro a autonomia privada é substituída por uma autoridade que impede a má-fé de uma parte sobre a outra. Outro problema oriundo da mediação ocorre quando há assimetria de poderes entre as partes, pois quando a decisão depende da autonomia individual é possível que a parte mais forte exerça pressões sobre a mais fraca, exigindo concessões. Neste caso, a presença de uma autoridade judicial que decida evita este tipo de pressão e acaba preservando as relações futuras entre elas (SPENGLER, 2012).

Ocorre que até agora a mediação é a melhor fórmula encontrada para superar o normativismo jurídico, configurando-se um instrumento pleno de exercício da cidadania, pois educa, facilita e ajuda a produzir diferenças, estimulando a autonomia e a tomada de decisão individual, sem coerção nenhuma ou imposição de julgamento. Mais do que isso, a prática da mediação se torna assim um mecanismo capaz de reconstruir a confiança do cidadão que estava perdida, tanto no âmbito social (confiança do cidadão no outro cidadão) quanto no âmbito judicial (confiança do cidadão em um procedimento que realmente resolve seu problema e o estimula sua participação nesta solução) (SPENGLER, 2012).

A mediação possui algumas características peculiares, sendo a primeira de acordo com Morais e Spengler (2012) a *privacidade*, em que consiste que o ambiente do processo é secreto e só é relevado se for da vontade das partes, exceto quando se tratar de interesse público, a segunda é a *economia financeira e de tempo*, haja vista a celeridade do processo e sua consequente diminuição de custos, contrapondo-se aos processos judiciais. A demora na resolução da lide faz com que o direito da pessoa seja ignorado por ela própria, já que prefere abdicá-lo a enfrentar tramites lentos e burocráticos. Há também o princípio da *oralidade*, como

sendo um elemento da mediação, através do qual se verifica a informalidade com que a partes devem debater seus problemas à procura de uma solução plausível.

A *reaproximação das partes* é outra característica, ao contrário da jurisdição tradicional, pois a finalidade da mediação é a restauração das relações entre os envolvidos. A *autonomia das decisões* também reflete positivamente no aspecto da independência perante a tutela do Poder Judiciário, já que as decisões são tomadas pelas próprias partes, a quem compete optar pelo melhor para si, não precisando da homologação do Judiciário, permitindo a interferência do mediador para evitar que se obtenha decisões injustas ou imorais. Contudo, em havendo desproporção ou vício nas decisões obtidas através da mediação, é possível a intervenção do Estado-Juiz para sanar o vício anulando o ato ou referendando-o. E por fim, mas não menos importante, o *equilíbrio das relações entre as partes*, tendo em vista a busca pela restauração da harmonia social entre elas (MORAIS; SPENGLER, 2012).

Para Liane Thomé a mediação familiar representa

[...] uma ferramenta de concretude do princípio da dignidade da pessoa humana, trazendo para a solução dos conflitos familiares resoluções próprias dos envolvidos, inserindo-se nesta forma de solução de conflitos os princípios da solidariedade, da pluralidade, da isonomia, da liberdade e da autonomia de vontade nas relações familiares, possibilitando o desenvolvimento dos valores de cooperação, colaboração mútua, sem hierarquia entre as pessoas, com liberdade para escolherem, se responsabilizarem e se vincularem a ajustes próprios para suas famílias no momento da ruptura (THOMÉ, 2010, p. 129).

Como visto, o instituto da mediação familiar é um caminho possível que se apresenta aos conflitantes familiares, contando para isso com a presença de um terceiro estranho, atuando para facilitar uma compreensão do problema, não interferindo diretamente, mas conduzindo as partes para chegarem a um ponto em comum. Em que pese não esteja inserido diretamente no texto legal, é um método alternativo jurídico colocado à disposição do Poder Judiciário e da sociedade, para viabilizar um paradigma de justiça. (TORRES, 2005).

Por fim, verifica-se que a mediação familiar enquanto seu caráter autônomo e democrático está corroborado na ideia de que a mediação é um meio independente de solução de conflitos, onde as partes precisam querer serem auxiliadas por ela, pois a mediação irá evitar as discussões dentro de um processo

judicial, cujo caminho pode ser longo e penoso, desde o 1º grau de jurisdição até os recursos possíveis perante o Tribunal (TORRES, 2005).

Desse modo, a mediação familiar ocasiona a autonomia individual de cada participante, haja vista que as próprias partes constroem uma decisão juntas e comprometem-se a cumpri-las, responsabilizando-as pelo bom resultado de todo o processo e pela pacificação das relações sociais. Assim, importante é a (in)efetividade da mediação familiar a enquanto método pacificar das relações sociais na visão dos operadores do direito, mais precisamente os advogados. Portanto, o capítulo que segue tem por objetivo ressaltar o posicionamento de advogados que atuam na área de família com o ingresso da obrigatoriedade da mediação nos processos judiciais.

3.3 A mediação familiar na advocacia: uma pesquisa realizada com advogados atuantes na seara do Direito das Famílias da Comarca de Santa Cruz do Sul

Desse modo, a mediação familiar pode ser compreendida a partir da instituição de seu espaço democrático onde um mediador, ao invés de se posicionar em um patamar superior, como ocorre tradicionalmente no Poder Judiciário, se coloca no meio dos envolvidos no conflito familiar, e assim, partilhando de um espaço comum e participativo, com a principal finalidade de proporcionar a construção do consenso num pertencer comum. Esse fato decorrer, segundo Spengler (2010, p. 320) “porque a mediação não é uma ciência, mas uma arte na qual o mediador não pode se preocupar em intervir no conflito, oferecendo às partes liberdade para discuti-lo”. Portanto, o que se pretende é o tratamento do conflito sem o decidir, quando o papel do atual modelo da prestação jurisdicional é de decidir sem, necessariamente, pacificar.

Nesse contexto, diante de seu caráter voluntário no tratamento adequado aos conflitos familiares, de modo que um terceiro coordena as negociações entre partes, que se diferencia de um magistrado, uma vez que o mediador não tem autoridade e nem competência para impor uma decisão sobre os litigantes. Ao contrário, o mediador conduz o processo, utilizando diversas ferramentas, entre elas a discussão do problema, dos temas que precisam ser esclarecidos e das soluções alternativas para a pacificação do conflito. Entretanto, são as partes que decidem

como construção o consenso (FOLEY, 2010).

Assim, segundo Schwerin (1995), a mediação familiar possui inúmeros elementos que podem ser definidos a partir de suas finalidades, entre eles: a voluntariedade, onde permite aos litigantes tratarem os seus próprios conflitos; comunicação, pois favorece o diálogo; além de reduzir as tensões na comunidade, uma vez que, os mediadores representam a comunidade e seus membros, compartilhando valores que, por vez, é um veículo de empoderamento da comunidade e um estímulo para as mudanças sociais.

Devido a estes elementos, é extremamente importante encontrar caminhos alternativos de prevenção e tratamento dos conflitos existentes, e deste modo, a mediação pode ser compreendida como uma prática de pacificação social, situando-a para “qualquer demanda formalizada perante o Poder judiciário, examinando-a de forma genérica e abstrata, enquanto técnica apropriada à sociedade com a finalidade de identificar diferenças e superar divergências” (PAROSKI, 2008, p. 313).

Portanto, o que se verifica, na mediação familiar, é a valorização das partes, enquanto atores sociais e geradores do conflito a ser tratado, mantendo sempre o controle sobre ele, e assim detectando questões que estão envolvidas, direta ou indiretamente, para uma pacificação mais sólida possível. O que, a partir desse diálogo, as partes formulam um acordo, que contenha verdadeiramente as pretensões e as necessidades, uma vez que “as demandas judiciais muitas vezes tiveram por nascedouro singelas – e legítimas – pretensões, derivadas do descumprimento do pactuado com a outra parte” (PAROSKI, 2008, p. 314).

O mediador familiar é um técnico, que pela sua formação e competência, ajuda a Família fora do tribunal, a resolver as questões que qualquer separação implica. É o profissional que trabalha com a Família e a favor da Família. O Instituto cuida para que todos os pais, depois da separação mantenham o convívio intenso e frequente com os seus filhos e não fiquem lesados no seu acordo de separação. Os casais, em instância de divórcio, têm assim uma ajuda confidencial de uma terceira pessoa, neutra e qualificada, que os vai permitir resolver os seus conflitos e alcançar um acordo durável que tem em conta as necessidades de todos os membros da família, em especial as crianças (IPMF, online).

E é devido a esse compromisso anteriormente assumido que se quer ver satisfeito, independentemente do que está descrito no ordenamento jurídico, contudo, quando há a contratação de um profissional do Direito, em razão de, seu dever de ofício e zelo profissional, acaba identificando outros direitos violados que

são abrangidos no pleito, “embora esse não tenha sido o motivo principal pelo qual aquele procurou esse profissional, inviabilizando, em grande parte dos casos, qualquer possibilidade de pacificação negociada” (PAROSKI, 2008, p. 314).

Portanto, as alternativas construídas pelas partes diretamente envolvidas no conflito, podem ser talhadas além da legislação vigente. Desta forma, segundo Foley (2010, p. 81) “quando os protagonistas do conflito inventam seus próprios remédios, em geral, não se apoiam na letra da lei porque seu pronunciamento é por demais genérico para observar a particularidade dos casos concretos”. Existe, portanto, a liberalidade de criar instrumentos de pacificação sem as amarras dos resultados impostos pelo ordenamento jurídico.

Neste cenário, a mediação familiar enquadra-se “como uma alternativa credível à via litigiosa. Ajuda os pais a não abdicarem da sua responsabilidade como pais e leva-os a assumirem, eles mesmos, as suas próprias decisões” (IPMF, online). Por conseguinte, oferece a prevenção da má administração do conflito, pois segundo Sales (2003, p. 36, grifo do autor) incentiva

[...] a avaliação das responsabilidades de cada um naquele momento (evitando atribuições de culpa); a conscientização da adequação de atitudes, dos direitos e deveres e da participação de cada indivíduo e para a concretização desses direitos e para as mudanças desses comportamentos; a transformação da visão negativa para a visão positiva dos conflitos (percepção do momento do conflito como oportunidade para o crescimento pessoal e aprimoramento da relação); e, finalmente, o incentivo ao diálogo, possibilitando a comunicação pacífica entre as partes criando uma cultura do ‘encontro por meio da fala’, facilitando a obtenção e o cumprimento de possíveis acordos.

Diante desse cenário, o advogado desempenha um papel essencial na mediação familiar enquanto mecanismo de tratamento dos conflitos no momento em que atua como fomentador, sendo assim, o seu conhecimento acerca dos procedimentos e aplicação são fundamentais para o sucesso da técnica, agora também trazida, como já visto, pela Leis nº. 13.140/2015 (Lei da Mediação) e 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil Brasileiro).

Desse modo, com a finalidade de fundamentar a atual dissertação no sentido da necessidade de uma forte atuação do Poder Público na capacitação de seus agentes acerca da mediação familiar, apresenta-se os resultados relativos a questionários aplicados a advogados atuantes na seara familiar no que se refere as perspectivas e possibilidades atuais da mediação familiar. O referido questionário foi

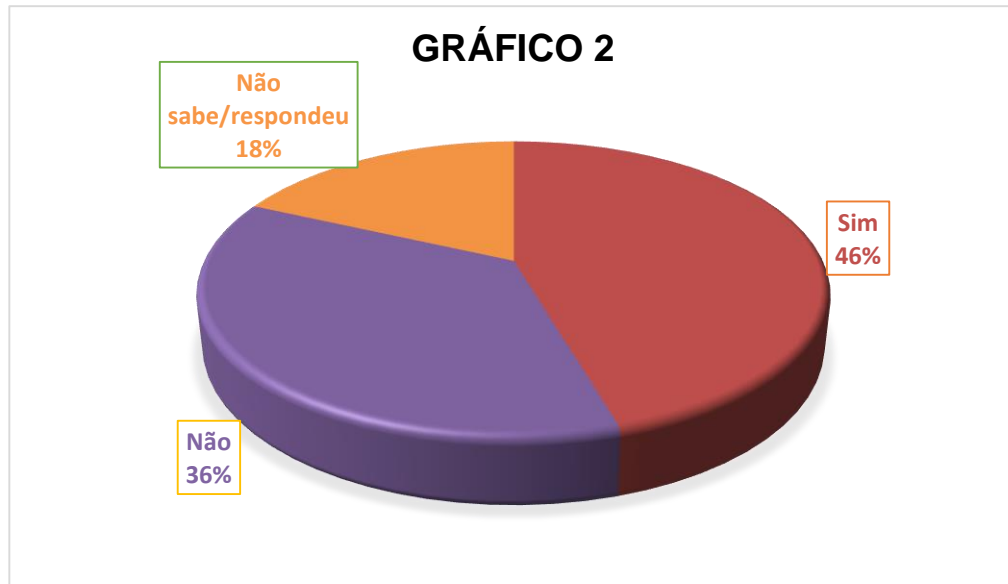
aplicado a 11 (onze) advogados de diferentes escritórios da comarca de Santa Cruz do Sul com larga trajetória de atuação no campo familiar, no qual, de forma anônima, deveriam responder a um levantamento que continha 5 (cinco) questionamentos que a partir desse momento incorporam-se a este trabalho. O primeiro questionamento era referente aos novos mecanismos de acesso à justiça trazidos pela Lei 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil Brasileiro, no qual o entrevistado tinha como opções, sim ou não.



Como visto, de forma unânime todos os entrevistados têm conhecimento acerca dos novos mecanismos de acesso à justiça propostos pela Lei 13.105/2015, a saber: Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Optou-se por não trazer de forma explícita quais seriam esses novos mecanismos de acesso à justiça, para que as respostas não fossem influenciadas pelo simples conhecimento dos termos.

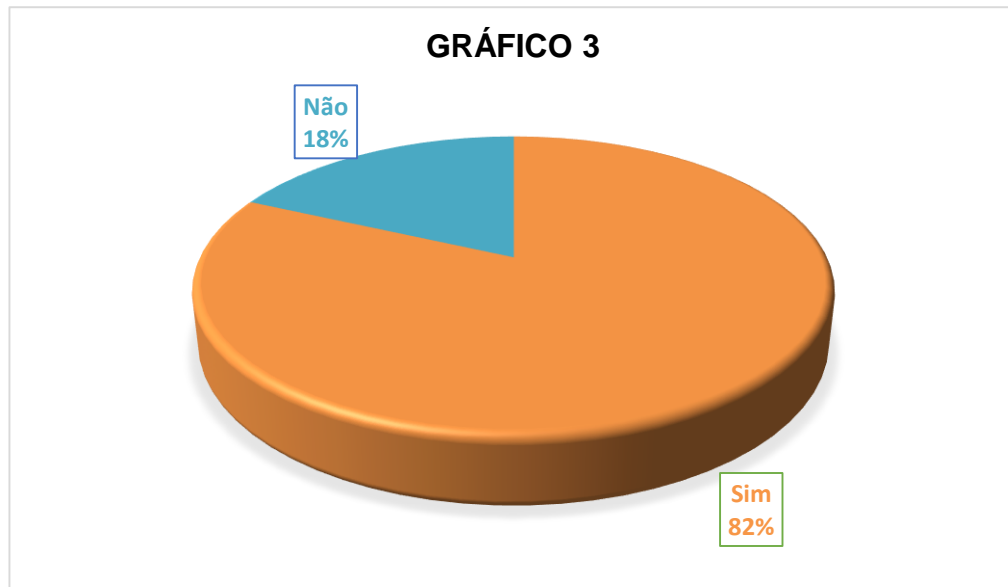
O segundo gráfico representa os resultados obtidos e sistematizados a partir do seguinte questionamentos “em sua opinião, a proposta do Conselho Nacional de Justiça sobre a mediação tem demonstrado ser eficiente na resolução de conflitos?”, tendo como possíveis respostas: sim ou não, por quê?. Tal questionamento foi

empregado com dois objetivos: o primeiro para analisar o grau de conhecimentos dos advogados entrevistados sobre a proposta trazida pelo Conselho Nacional de Justiça, e segundo, se essa proposta de implementação se mostra eficaz diante das peculiaridades dos conflitos no Brasil, especialmente na seara familiar.



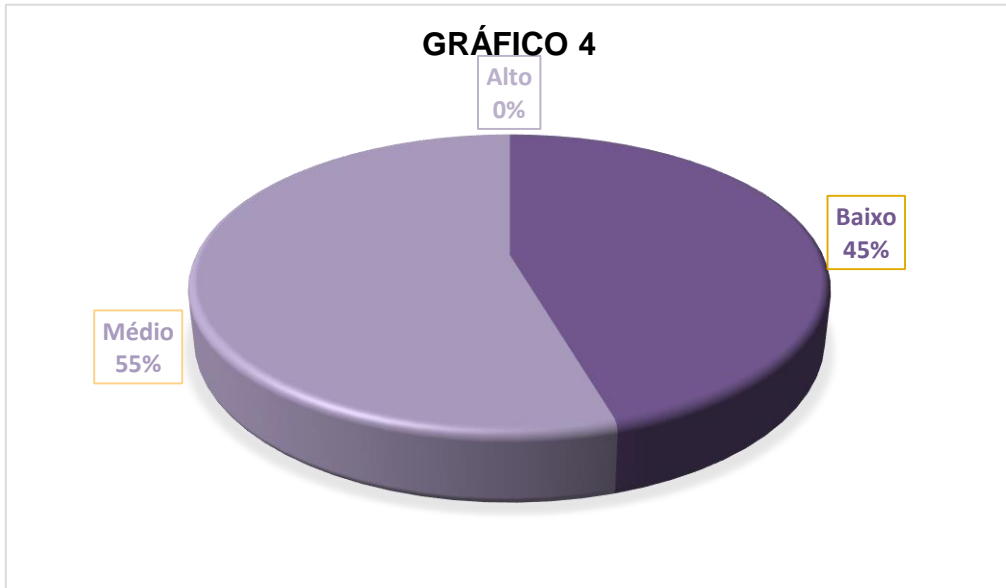
Como analisado, apenas 46% (quarenta e seis por cento) dos entrevistados compreendem que a mediação, nos moldes do Conselho Nacional de Justiça, tem demonstrado ser eficiente na resolução de conflitos. Sendo assim, dentre aqueles que responderam não, os principais fatores que levaram a essa resposta foram: “O cliente ainda confia mais na decisão do juiz, até porque quando procura a justiça é porque está resistente ao diálogo”; “Ainda é necessário modificar o panorama cultural, criando espaço para a mediação”; “Não, porque ao ajuizar ação as partes já esgotaram a possibilidade de conciliação, e o fato do mediador sequer conhecer os fatos que envolvem o litígio dificulta ainda mais o entendimento das partes”.

No que se refere ao terceiro questionamento que havia como resposta as seguintes posições (sim ou não, por quê?) teve como formato “você estaria, enquanto operador do direito, disposto a participar de um curso de formação de mediadores calcado nas bases instituídas pelo Conselho Nacional de Justiça?” obteve-se as respostas abaixo trazidas:



Diante da análise do gráfico, pode-se concluir que a grande maioria, 82% (oitenta e dois por cento) dos entrevistados estão dispostos a participar de um curso de formação de mediadores nas bases do Conselho Nacional de Justiça. Contudo, 18% (dezoito por cento) respondeu que não há o interesse em participar, trazendo as seguintes respostas: “Porque o êxito da conciliação não depende de um curso de formação de mediadores”; “Não tenho interesse”.

O quarto questionamento teve como objetivo verificar o impacto da mediação na diminuição da demanda no Judiciário, uma vez que se enquadra como um mecanismo consensual para o tratamento dos conflitos familiares, tendo tal questionamento como respostas possíveis os seguintes graus: baixo, médio e alto. Como visto abaixo, 55% (cinquenta e cinco por cento) compreendem que a mediação causa um impacto médio na diminuição da demanda do judiciário; já para 45% (quarenta e cinco por cento) dos entrevistados acredito que esse grau seja baixo. Sendo assim, nenhum entrevistado considerou o grau alto.



O gráfico acima representa uma preocupação quando o assunto é o impacto da mediação nos processos já judicializados, uma vez que, mesmo após a promulgação do Novo Código de Processo Civil e as inúmeras resoluções dos órgãos tanto integrantes do Poder Judiciário quanto de órgãos externos, demonstrando, mediante pesquisas aplicadas e análise de dados, a importância e a eficácia da mediação dos processos. Esse fato, somente corrobora com a necessidade de aprofundar os estudos quando o assunto é mediação em processos judiciais.

E por fim, a última pergunta do questionário aplicado fazia referência aos princípios trazidos pela Lei nº. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil Brasileiro) tais como: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada são suficientes para gerar segurança jurídica as partes? Havendo como respostas possíveis: sim, por quê?; não, por quê?.



Para a grande maioria, isto é, 82% (oitenta e dois por cento) dos advogados entrevistados os referidos princípios são suficientes para gerar segurança jurídica para as partes, contudo, desde que homologado pelo juiz, como se extrai das seguintes respostas dissertativas: “Penso serem suficientes na medida em que as partes sejam bem orientadas acerca do propósito da mediação”; “Quando este for levado a efeito por um mediador judicial, o termo de mediação será submetido a homologação, tornando-o título executivo judicial”; “Sim, desde que os atos das partes sejam homologados pelo juiz”; “Desde que homologado pelo Poder Judiciário”.

Já entre aqueles advogados que responderam que tais princípios não são suficientes para garantir a segurança jurídica, cerca de 18% (dezoito por cento), tiveram como fundamento os seguintes posicionamentos: “As partes envolvidas quando buscam o Judiciário é porque não estão dispostas a aceitar a consensualidade que neste caso o diálogo requer” e “auxilia parcialmente pois o problema mais agudo são as utilizações deturbadadas do sistema. Sempre que as regras existem, há condutas calcadas para burlá-las”.

Como visto nas respostas dos entrevistados, a capacitação e a percepção dos operadores jurídicos sobre as reais possibilidades e importância da aplicação da mediação, e por consequência, da mediação familiar nos moldes da Lei da Mediação, do Novo Código de Processo Civil Brasil e do Conselho Nacional de Justiça são imprescindíveis para a sociedade brasileira. Uma vez que, sem a atuação concreta tanto do Poder Judiciário quanto dos órgãos a ele ligados – Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil, Defensoria Pública, entre outros, a eficácia desses novos métodos adequados de tratamento de conflitos acaba comprometida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As questões sociais reivindicam serias reflexões frente as diversas necessidades da sociedade, desta forma, evitar ou ao menos minimizar o acirramento além de ser uma tarefa imprescindível enquadra-se como desafios à todos os atores políticos, organizações e comunidades empenhadas na construção da democracia enquanto valor social de garantia dos direitos humanos fundamentais, tendo como pano de fundo o Estado Democrático de Direito. Diante desse contexto, é intolerável que se continue perpetrando violações de direitos humanos fundamentais no Brasil e nas mais variadas regiões do globo terrestre.

Desse modo, o descaso com as sociedades é acentuado pelas gritantes injustiças e desigualdades locais, pelas políticas públicas mal implementadas, desencontradas e desconexas. Desse modo, procura-se por uma nova interpretação do mundo contemporâneo a partir de um olhar multidisciplinar, onde o dinheiro e a informação, em inúmeras vezes distorcidas e massificadas, são a base da evolução global, e que, ao mesmo tempo, evidencia uma distorção de valores e regras sociais e morais, entre outras, são condições de que muitos não dispõem.

Nesse contexto, ao responder ao problema identificado inicialmente, o presente estudo teve como objetivo central realizar uma construção acerca da mediação familiar, delimitando as perspectivas e as possibilidades de sua aplicação enquanto mecanismo adequado ao tratamento de conflitos familiares no mesmo instante em que possibilita a concretização de direitos humanos fundamentais, analisando o papel e o desenvolvimento dos operadores do Direito quando da introdução dos princípios da mediação por intermédio das Leis n. 13.104/2015 e nº. 13.105/2015 no ordenamento jurídico brasileiro.

No primeiro capítulo, alcançou-se a finalidade proposta quando da discussão dos direitos e garantias fundamentais instituídas e aperfeiçoadas na seara do Direito das Famílias, por meio de seus princípios norteadores tendo como marco temporal o surgimento efetivo do Estado Democrático de Direito e da Constituição Federal de 1988. Sendo assim, mostrou-se imprescindível todo o processo de construção envolvendo o Direito das Famílias, no que se refere as questões basilares na sociedade contemporânea, como fundamento à sua constitucionalização.

Importante ressaltar que o cenário jurídico e político altera-se constantemente, especialmente quando analisado sob a ótica da evolução política e

história que a sociedade brasileira vivencia a cada nova década. E esse processo de construção permanente, que inclusive comporta reconstruções, exige do ordenamento jurídico permanentes alterações com a finalidade de adaptar-se à sociedade civil, que também enquadra-se enquanto um organismo vivo.

Percebe-se, claramente, que a sociedade caminha e evolui a passos largos, enquanto isso o direito vai mudando lentamente. Entretanto, a segurança jurídica deve ser dada a todos os arranjos familiares, sendo necessário um basta a todo e qualquer preconceito e discriminação, propondo a humanização do tratamento de conflitos familiares. Não se permite mais a atuação de um Estado autoritário, que age com mãos de ferro, onde ao mesmo tempo em que sufoca o sistema democrático aprisiona toda a sociedade, através do excesso de superlotação que leva à lentidão processual.

Nesse ambiente, o conflito familiar e as novas abordagens enquanto instrumentos adequados ao seu tratamento foram o tema central do segundo capítulo, por meio do qual analisou-se inicialmente o conflito na sociedade contemporânea e o seu tratamento pela via tradicional.

Contudo, verificou-se que o conflito é algo inerente a convivência humana e não deve ser vista como algo negativo, ao contrário, o mesmo pode ser construtivo e por isso deve ser tratado quando ultrapassa os limites da sociabilidade, de maneira que ambas as partes não sejam classificadas como adversárias, o que pode levar a confrontos e violências, motivo pelo qual se faz de extrema importância à utilização de instrumentos eficazes ao seu tratamento. Objetivando a concretização dos direitos humanos fundamentais nos casos de conflitos familiares, perpassa pela participação das comunidades na implementação de políticas públicas de inclusão social.

Todavia, quando se fala em participação na construção e concretização de políticas públicas não se pode confundir com uma participação passiva, pois a mera participação formal é status exclusivamente para preencher certas obrigações legais, mas jamais será instrumento de promoção da cidadania. Desse modo, o exercício da cidadania vai muito além de ter direitos, e sim, é direito a ter direitos, sendo ela aqui tendo sido abordada a partir de uma perspectiva emancipatória de empoderamento do sujeito e da própria família.

Com o ingresso da Lei nº. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) o

tratamento alternativo aos conflitos familiares ganhou uma nova perspectiva, ao trazer de forma clara que os conflitos, inclusive aqueles decorrentes das relações familiares, devem passar pela atuação de uma equipe multidisciplinar e capacitada para lidar com as mais diversas situações, com a finalidade de diminuir os efeitos adversos de um conflito, possibilitando a sua construção conjunta.

E diante dessa perspectiva emancipatória da participação da comunidade na construção de mecanismos alternativos de tratamento de conflitos, tem-se a mediação familiar como um dos principais pilares de sustentação e construção desse processo e em razão dessa importância, o terceiro capítulo teve como principal objetivo dissertar sobre a origem, objetivos e natureza jurídica da mediação familiar o papel do mediador nesse processo considerado autônomo e democrático.

Sendo assim, a sociedade, colhendo os frutos negativos do modelo de progresso capitalista - fragmentada e plural – necessita reaprender a conviver conjugando as diversas formas individuais e coletivas de cidadania de modo a não mais aguardar o auxílio da justiça estatal para poder usufruir e contar com a efetivação de direitos humanos fundamentais. Desse modo, a mediação familiar apresenta-se como mecanismo capaz de fomentar uma justiça cidadã, através da desmistificação da visão negativa que se tem acerca do conflito e da promoção e responsabilização de todos os envolvidos.

Desse modo, a mediação familiar apresentada enquanto política de tratamento adequado aos conflitos no momento em que propõe a participação ativa dos membros envolvidos, constitui um relevante instrumento de realização da justiça, apta a integrar um projeto emancipatório que redimensione o direito, articulando-o sob uma nova relação entre ética e justiça, ao restringir, ou ao menos diminuir, os efeitos negativos advindos de uma disputa de interesses. Uma vez que, como visto ao longo da dissertação, o resultado de um conflito, seja ele construtivo ou destrutivo, dependerá quase que exclusivamente dos mecanismos de abordagem aplicado.

Nessa composição, o advogado detém um papel essencial na promoção e difusão dos métodos alternativos de tratamento de conflitos, especialmente a mediação familiar, no momento em que são os primeiros, terceiros ao conflito, a tomar conhecimento da situação. E, portanto, a construção de uma nova cultura de abordagem aos problemas, enquanto propulsores de direitos humanos

fundamentais, inicia-se pela capacitação desses profissionais com a finalidade de propiciar a verdadeira finalidade desses novos mecanismos, inclusive acerca dos novos princípios e diretrizes trazidas pela Lei nº. 13.105/2015.

Dessa forma, o enfrentamento de problemas familiares e sociais, entre eles a conflituosidade em uma era marcada pela globalização, somente será efetivo se as iniciativas partirem dos próprios envolvidos e de suas comunidades, local onde surgem e se desenvolvem estes conflitos. É no seio comunitário, com a participação da família, dos amigos e do Estado, que esses indivíduos em conflito terão a oportunidade de encontrar a reintegração e readquirir a sua cidadania. Afinal, o melhor local para se educar ao convívio familiar social é na própria comunidade, com o apoio de todos os atores sociais envolvidos.

Portanto, a partir desse novo olhar sobre o conflito familiar, restaurando seu potencial de transformação, a retórica dialógica funde-se com a linguagem da mediação familiar, criando novos saberes, não mais identificados com o processo do colonialismo, mas sim, com a solidariedade. E esse novo movimento social não prevê a retirada da participação do Estado, pelo contrário, ele contribuiu para potencializar a transformação das relações de poder justamente nos espaços em que os conflitos emergem. E, aqui, esta cadeia circular se reinicia, suscitando novos diálogos.

REFERÊNCIAS

- ABAD, Miguel. Crítica política das políticas de juventude. In: PAPA, F. C.; FREITAS, M. V. (Orgs.). **Políticas Públicas: Juventude em pauta**. São Paulo: Cortez, 2003.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- AMARAL NETO. **Direito Civil: introdução**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- AZEVEDO, André Gomma de. **Manual de mediação judicial**. Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Brasília/DF, 2009.
- BARBOSA, Águida Arruda. Mediação Familiar: Instrumento para a reforma do Judiciário. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus. 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.
- BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade. **Processo 4277**. Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Relator: Ministro Ayres Britto – Julgado em 05.05.2011 – DJE.
- CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2011
- CAIVO, R. J.; GOBBI, M.; PADILLA, R. E. **Negociación y mediación: Instrumentos apropiados para la abogacía moderna**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.
- CAMARGO, Daniel Marques. **Jurisdição crítica e direitos fundamentais**. São Paulo: Núria Fabris, 2009.
- CAPPANARI, Silvana. **Conversando, todo mundo se entende**. Disponível em: <www.viewmagazine.com.br/anteriores/29/negocio.html> Acesso em: 01 ago 2015.
- CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CASTILLO, Mireya. **Derecho internacional de los derechos humanos**. Valencia: Tirant to Blanch, 2003.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos: A Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Resolução 125 de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf>. Acesso em: 02 set. 2015

COSTA; M. M. M. da; HERMANY, R. Constituição, espaço local e consolidação do capital social. In: LEAL, M. C. H.; GORCZEWSKI, C. (Orgs.). **Constitucionalismo social: o papel dos sindicatos e da jurisdição na realização dos direitos sociais em tempos de globalização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

DIAZ, Elias. **Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático**. España: Civitas, 1978.

DICMAXI. Michaelis Intranet - **Dicionário Eletrônico 6 Idiomas**. Disponível em: <<http://dicionario.mp.rs.gov.br/DICMAXI/>>. Acesso em: 12 jun. 2012.

DIEHL, R. C.; SALM, J. B. A pacificação dos conflitos e a transformação social por meio do diálogo: a importância da comunidade na sociedade contemporânea. In: COSTA, M. M. M.; LEAL, M. C. H. (Orgs.). **Políticas públicas no constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre - RS: Imprensa Livre, 2015, v. 7, p. 51-70.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23.

DOWBOR, Ladislau. **O que é poder local?** Brasília: Brasiliense, 2008.

DURKHEIM, Émile. **Sociologia e filosofia**. São Paulo: Ícone, 2004.

ETZIONI, Amitai. La **tercera vía hacia una buena sociedad**: propuestas desde el comunitarismo. Madrid: Minima Trotta, 2001.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico–evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARAH, Marta F. S. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no

nível local de governo. In: **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, v. 35, jan-fev, 2001.

FARIAS, C. C. de; ROENVALD, N. **Direito das Famílias**. De acordo com a Lei 11.340/06 Lei Maria da Penha e com a Lei n. 11.441/07 – Lei da Separação, Divórcio e Inventário Extrajudiciais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERRARI, G. M. R.; SANCHET, E. M.; SILVA, A. C. **A Mediação como Alternativa na Solução de Conflitos em Processos de Família**. 2011. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/324-artigos-abr-2011/7979-a-mediacao-como-alternativa-na-solucao-de-conflitos-em-processos-de-familia>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

FIGUEIREDO, Fernanda Mendonça dos Santos. Direitos fundamentais aplicam-se a relações privadas. **Revista Consultor Jurídico**. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-05/stf-reconhece-aplicacao-direta-direitos-fundamentais-relacoes-privadas>>. Acesso em 12/11/2015.

FOLEY, Gláucia Falsarella. **Justiça comunitária: por uma justiça da emancipação**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil: volume VI: Direito de família- As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GALANTER, Marc. A justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais. In: HESPANHA, Antonio (Org.). **Justiça e litigiosidade: história e perspectiva**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1993, p. 59-117.

GALVÃO, Cibele Ramos. **A mediação como instrumento consensual nos conflitos familiares**. Disponível em: <http://www.fempapr.org.br/artigos/upload_artigos/cibele%20ramos%20galvao.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. In: DIAS, M. B.; PEREIRA, R. da C. (Coords.). **Direito de famílias e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GHISLENI, A. C.; WALTRICH, D. Q.; OLIVEIRA, L. D. Comentários aos artigos 1º ao 6º da Resolução nº 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010. In.: SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, T. (Orgs.). **A Resolução 125 do CNJ e o papel do terceiro conciliador e mediador na sua efetivação**. Curitiba: Multideia, 2013.

GOMES, F. R.; SARMENTO, D. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v. 77, n. 4, out./dez. 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GORCZEVSKI, Clovis. **Direitos Humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

_____. **Direitos humanos:** dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

GORCZEWSKI, Clovis. **Jurisdição paraestatal:** solução de conflitos com respeito à cidadania e aos direitos humanos na sociedade multicultural. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007.

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

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado.** Madrid: Editorial Civitas, 1995.

HERMANY, Ricardo. **Município na Constituição:** poder local no constitucionalismo luso brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012.

ILKÉ, F. *How Nations Negotiate.* New York, Prager 1994.

IPMD. **O que é a mediação familiar?** O papel do mediador. Instituto Português de Mediação Familiar. Disponível em: <www.ipmediacaofamiliar.org/MEDIACAO.html>. Acesso em 20 dez 2015.

LEAL, Rogério Gesta. Esfera pública e participação social: possíveis demissões jurídico-políticas dos direitos civis e de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. In: LEAL, Rogério Gesta (Org). **A administração pública compartilhada no Brasil e na Itália:** reflexões preliminares. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

_____. **Estado, Administração Pública e Sociedade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. **Revistas dos Tribunais.** São Paulo, v. 722, 1995.

_____. **Código Civil:** Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011,

LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça: origem, objetivos, parâmetros e diretrizes para implantação Concreta. In: PELUSO, A. C.; RICHA, M. de A. (Coords.). **Conciliação e mediação:** estruturação da Política Judiciária Nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 229-250.

MACHADO, Raimar Rodrigues. O trabalho humano frente à ideia de liberdade. In: COSTA, M. M.; LEAL, M. C. H. (Orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas:** desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012, p. 204 – 280.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MADISON, J.; HAMILTON, A. **Os artigos federalistas.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2008.

MARTIN, Nuria Belloso. Formas alternativas de resolución de conflictos: experiências em latinoamerica. **Revista Sequência**: Estudos jurídicos e políticos. Florianópolis, n. 48, p. 173-202, jul 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MESQUITA, R. P.; MINGATI, V. S. **A eficácia harmônica dos direitos fundamentais nas relações privadas**. In: Anais do I Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito. Jacarezinho, 2011.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, J. L. de B.; SPENGLER, F. M. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NAZARETH, E.R. **Mediação, um novo tratamento do conflito**: Nova realidade do direito de família. COAD, Rio de Janeiro, 1998.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 23. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2015, v. 5.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil contemporâneo**: Novos problemas da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação no Direito Brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: SPENGLER, F. M.; LUCAS, D. C. (Orgs.). **Justiça Restaurativa e Mediação**: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2011, p. 201-242

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PUTNAM, Robert. **Comunidade e democracia**: a experiência da Itália Moderna. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.

REALE, Miguel. **Função social da família**. 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas

relações entre particulares. In: REIS, J. R.; LEAL, R. G. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 2035 – 2051.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraternal**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

ROBLES, Tatiana. **Mediação e direito de família**. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2009

RUA, Maria das Graças. As políticas públicas e a juventude dos anos 90. In: **Jovens acontecendo na trilha das políticas públicas**. Brasília, v. 2, CNPD, 1998, p. 731-752.

RUBIO, David Sanchez. **Fazendo e desfazendo direitos humanos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

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

SANTANA, Luis F. Gordillo. **La justicia restaurativa y la mediación penal**. Madrid: Iustel, 2007.

SANTOS, B. S. et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Porto: Afrontamento, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHMIDT, João Pedro. Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão. In: REIS, J. R.; LEAL, R. G. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006, p. 1755 – 1786.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender Políticas Públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, J. R.; LEAL, R.G. (Orgs.). **Direitos sociais e políticas**

públicas: desafios contemporâneos. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008, p. 2307-2333.

SCHWERIN, Edward. **Mediation, citizen empowerment and transformational politics**. London: Westport Connecticut, 1995.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, C. L.; SOUZA-LIMA, J. E. **Políticas Públicas e indicadores para o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Keith Diana da. Família no Direito Civil Brasileiro. **Rev. NPI/Fmr**. set. 2010. Disponível em: <<http://www.fmr.edu.br/npi/045.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso Da. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Direitos fundamentais e relações entre particulares. **Revista GV/FGV**. São Paulo, v.1, n.1, p. 173 – 180, maio 2015.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: O substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SPENGLER, F. M.; GHISLENI, A. C. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraterno**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura de tratamento dos conflitos**. Ijuí: Editora Unijuí, 2010

_____. **Mediação e arbitragem**. Editora Unijuí, 2012

STEINMETZ, Wilson Antônio. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

TARTUCE, F.; SIMÃO, J. F. **Direito Civil v. 5: direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Dignidade da pessoa humana e a mediação familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

TRENTIN, T. R. D.; TRENTIN, S. Mediação como um meio alternativo de tratamento de conflitos prevista no novo CPC e na Resolução 125 CNJ. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10863&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 20 set. 2015

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. **Revista Brasileira de Política Internacional**. Rio de Janeiro, v. 40, n. 1. Brasília, Jan/Jun, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

ANEXO A – Compilado da Lei nº. 13.105/2015 nos trechos de referência a mediação e demais métodos consensuais de tratamento de conflitos

LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015.

Código de Processo Civil.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

**DAS NORMAS FUNDAMENTAIS E DA APLICAÇÃO DAS NORMAS
PROCESSUAIS**

CAPÍTULO I - DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

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

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

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

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

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos

deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Seção V

Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

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

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

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

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

§ 2º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

§ 3º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes.

§ 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e para fins estatísticos e de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores.

§ 5º Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

§ 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo.

Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.

§ 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.

§ 2º Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

§ 3º Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador.

Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

§ 2º Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

Art. 170. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição.

Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

Art. 171. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou mediador informará o fato ao centro, preferencialmente por meio eletrônico, para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições

Art. 172. O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

Art. 173. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que:

I - agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1º e 2º;

II - atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito.

§ 1º Os casos previstos neste artigo serão apurados em processo administrativo.

§ 2º O juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver, verificando atuação inadequada do mediador ou conciliador, poderá afastá-lo de suas atividades por até 180 (cento e oitenta) dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo.

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

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação.

CAPÍTULO II DA PETIÇÃO INICIAL

Seção I

Dos Requisitos da Petição Inicial

Art. 319. A petição inicial indicará:

I - o juízo a que é dirigida;

II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

§ 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção.

§ 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu.

§ 3º A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça.

Art. 320. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

CAPÍTULO V

DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

CAPÍTULO VI DA CONTESTAÇÃO

Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:

I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;

II - do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso I;

III - prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos.

§ 1º No caso de litisconsórcio passivo, ocorrendo a hipótese do art. 334, § 6º, o termo inicial previsto no inciso II será, para cada um dos réus, a data de apresentação de seu respectivo pedido de cancelamento da audiência.

§ 2º Quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso II, havendo litisconsórcio passivo e o autor desistir da ação em relação a réu ainda não citado, o prazo para resposta correrá da data de intimação da decisão que homologar a desistência.

Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

Art. 340. Havendo alegação de incompetência relativa ou absoluta, a contestação poderá ser protocolada no foro de domicílio do réu, fato que será imediatamente comunicado ao juiz da causa, preferencialmente por meio eletrônico.

§ 1º A contestação será submetida a livre distribuição ou, se o réu houver sido citado por meio de carta precatória, juntada aos autos dessa carta, seguindo-se a sua imediata remessa para o juízo da causa.

§ 2º Reconhecida a competência do foro indicado pelo réu, o juízo para o qual for distribuída a contestação ou a carta precatória será considerado prevento.

§ 3º Alegada a incompetência nos termos do caput, será suspensa a realização da audiência de conciliação ou de mediação, se tiver sido designada.

§ 4º Definida a competência, o juízo competente designará nova data para a audiência de conciliação ou de mediação.

Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se:

I - não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato;

III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial.

Art. 342. Depois da contestação, só é lícito ao réu deduzir novas alegações quando:

I - relativas a direito ou a fato superveniente;

II - competir ao juiz conhecer delas de ofício;

III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e grau de jurisdição.

CAPÍTULO X DAS AÇÕES DE FAMÍLIA

Art. 693. As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

Parágrafo único. A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo.

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

§ 1º O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo.

§ 2º A citação ocorrerá com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data designada para a audiência.

§ 3º A citação será feita na pessoa do réu.

§ 4º Na audiência, as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou de defensores públicos.

Art. 696. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.

Art. 697. Não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum, observado o art. 335.

Art. 698. Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo.

Art. 699. Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista.

ANEXO B – Questionários aplicados

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO
MESTRANDA ANA CRISTINA DA COSTA

PESQUISA REALIZADA COM OPERADOS JURÍDICOS ACERCA DA MEDIAÇÃO
FAMILIAR

1) Você, enquanto advogado atuante na área de família, tem conhecimento dos novos mecanismos de acesso à justiça propostos pela Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil)?

- Sim
 Não

2) Em sua opinião, a proposta do Conselho Nacional de Justiça sobre a mediação tem demonstrado ser eficiente na resolução de conflitos?

- Sim
 Não, por quê?

O CLIENTE AINDA CONHECIA MAIS NA DECISÃO DO JUIZ, ATÉ PORQUE QUANDO PROCURA A JUSTIÇA É PORQUE ESTA RESISTENTE AO DIÁLOGO

3) Você estaria, enquanto operador do direito, disposto a participar de um curso de formação de mediadores nas bases instituídas pelo Conselho Nacional de Justiça?

- Sim
 Não, por quê?

4) Em sua opinião, qual é o impacto da mediação na diminuição da demanda no Judiciário?

- Baixo
 Médio
 Alto

5) Você entende que os princípios trazidos pela Lei nº. 13.105/2015, tais como: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada são suficientes para gerar segurança jurídica as partes?

- Sim, por quê?
 Não, por quê?

AS PARTES ENVOLVIDAS QUANDO BUSCAM O JUDICIÁRIO É PORQUE NÃO ESTÃO DISPOSTAS A ACEITAR A CONSENSUALIDADE QUE NESTE CASO O DIÁLOGO REQUER.

Obrigada pela atenção!

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO
MESTRANDA ANA CRISTINA DA COSTA

PESQUISA REALIZADA COM OPERADOS JURÍDICOS ACERCA DA MEDIAÇÃO FAMILIAR

1) Você, enquanto advogado atuante na área de família, tem conhecimento dos novos mecanismos de acesso à justiça propostos pela Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil)?

- Sim
 Não

2) Em sua opinião, a proposta do Conselho Nacional de Justiça sobre a mediação tem demonstrado ser eficiente na resolução de conflitos?

- Sim
 Não, por quê?

AINDA É NECESSÁRIO MODIFICAR O PARADIGMA CULTURAL, CRIANDO O ESPAÇO PARA A MEDIAÇÃO

3) Você estaria, enquanto operador do direito, disposto a participar de um curso de formação de mediadores nas bases instituídas pelo Conselho Nacional de Justiça?

- Sim
 Não, por quê?

4) Em sua opinião, qual é o impacto da mediação na diminuição da demanda no Judiciário?

- Baixo
 Médio
 Alto

5) Você entende que os princípios trazidos pela Lei nº. 13.105/2015, tais como: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada são suficientes para gerar segurança jurídica as partes?

- Sim, por quê?
 Não, por quê?

AINDA PARCIALMENTE PÓS O PROBLEMA MAIS AGUDO SÃO AS UTILIZAÇÕES DECURRIDAS DO SISTEMA. SEMPRE QUE HÁ REGRAS EXISTEM PROCEDIMENTOS (CONDUTAS) CRIADOS PARA BURRARIAS.

Obrigada pela atenção!

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO
MESTRANDA ANA CRISTINA DA COSTA

PESQUISA REALIZADA COM OPERADOS JURÍDICOS ACERCA DA MEDIAÇÃO FAMILIAR

1) Você, enquanto advogado atuante na área de família, tem conhecimento dos novos mecanismos de acesso à justiça propostos pela Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil)?

- Sim
 Não

2) Em sua opinião, a proposta do Conselho Nacional de Justiça sobre a mediação tem demonstrado ser eficiente na resolução de conflitos?

- Sim
 Não, por quê?

3) Você estaria, enquanto operador do direito, disposto a participar de um curso de formação de mediadores nas bases instituídas pelo Conselho Nacional de Justiça?

- Sim
 Não, por quê?

4) Em sua opinião, qual é o impacto da mediação na diminuição da demanda no Judiciário?

- Baixo
 Médio
 Alto

5) Você entende que os princípios trazidos pela Lei nº. 13.105/2015, tais como: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada são suficientes para gerar segurança jurídica as partes?

- Sim, por quê?
 Não, por quê?

Deixa que seja homologada pelo juiz

Obrigada pela atenção!

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO
MESTRANDA ANA CRISTINA DA COSTA

PESQUISA REALIZADA COM OPERADOS JURÍDICOS ACERCA DA MEDIAÇÃO FAMILIAR

1) Você, enquanto advogado atuante na área de família, tem conhecimento dos novos mecanismos de acesso à justiça propostos pela Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil)?

Sim

Não

2) Em sua opinião, a proposta do Conselho Nacional de Justiça sobre a mediação tem demonstrado ser eficiente na resolução de conflitos?

Sim

Não, por quê?

3) Você estaria, enquanto operador do direito, disposto a participar de um curso de formação de mediadores nas bases instituídas pelo Conselho Nacional de Justiça?

Sim

Não, por quê?

4) Em sua opinião, qual é o impacto da mediação na diminuição da demanda no Judiciário?

Baixo

Médio

Alto

5) Você entende que os princípios trazidos pela Lei nº. 13.105/2015, tais como: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada são suficientes para gerar segurança jurídica as partes?

Sim, por quê?

Não, por quê?

Desde que seja homologada pelo juiz.

Obrigada pela atenção!

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO
MESTRANDA ANA CRISTINA DA COSTA

PESQUISA REALIZADA COM OPERADOS JURÍDICOS ACERCA DA MEDIAÇÃO FAMILIAR

1) Você, enquanto advogado atuante na área de família, tem conhecimento dos novos mecanismos de acesso à justiça propostos pela Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil)?

Sim

Não

2) Em sua opinião, a proposta do Conselho Nacional de Justiça sobre a mediação tem demonstrado ser eficiente na resolução de conflitos?

Sim

Não, por quê?

3) Você estaria, enquanto operador do direito, disposto a participar de um curso de formação de mediadores nas bases instituídas pelo Conselho Nacional de Justiça?

Sim

Não, por quê?

4) Em sua opinião, qual é o impacto da mediação na diminuição da demanda no Judiciário?

Baixo

Médio

Alto

5) Você entende que os princípios trazidos pela Lei nº. 13.105/2015, tais como: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada são suficientes para gerar segurança jurídica as partes?

Sim, por quê?

Não, por quê?

Desde que seja homologada pela parte judiciária.

Obrigada pela atenção!

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO
MESTRANDA ANA CRISTINA DA COSTA

PESQUISA REALIZADA COM OPERADOS JURÍDICOS ACERCA DA MEDIAÇÃO FAMILIAR

1) Você, enquanto advogado atuante na área de família, tem conhecimento dos novos mecanismos de acesso à justiça propostos pela Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil)?

- Sim
 Não

2) Em sua opinião, a proposta do Conselho Nacional de Justiça sobre a mediação tem demonstrado ser eficiente na resolução de conflitos?

- Sim
 Não, por quê?

Não, tendo em vista não ter tido resultado acerca de processos encaminhados à mediação

3) Você estaria, enquanto operador do direito, disposto a participar de um curso de formação de mediadores nas bases instituídas pelo Conselho Nacional de Justiça?

- Sim
 Não, por quê?

4) Em sua opinião, qual é o impacto da mediação na diminuição da demanda no Judiciário?

- Baixo
 Médio
 Alto

5) Você entende que os princípios trazidos pela Lei nº. 13.105/2015, tais como: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada são suficientes para gerar segurança jurídica as partes?

- Sim, por quê?
 Não, por quê?

Os princípios que devem reger os meios alternativos de resolução de conflitos

Obrigada pela atenção!

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO
MESTRANDA ANA CRISTINA DA COSTA

PESQUISA REALIZADA COM OPERADOS JURÍDICOS ACERCA DA MEDIAÇÃO FAMILIAR

1) Você, enquanto advogado atuante na área de família, tem conhecimento dos novos mecanismos de acesso à justiça propostos pela Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil)?

Sim

Não

2) Em sua opinião, a proposta do Conselho Nacional de Justiça sobre a mediação tem demonstrado ser eficiente na resolução de conflitos?

Sim

Não, por quê?

Sem condições de opinar, eis que não tivemos muitas experiências ainda.

3) Você estaria, enquanto operador do direito, disposto a participar de um curso de formação de mediadores nas bases instituídas pelo Conselho Nacional de Justiça?

Sim

Não, por quê?

4) Em sua opinião, qual é o impacto da mediação na diminuição da demanda no Judiciário?

Baixo

Médio

Alto

5) Você entende que os princípios trazidos pela Lei nº. 13.105/2015, tais como: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada são suficientes para gerar segurança jurídica as partes?

Sim, por quê?

Não, por quê?

Penso serem suficientes na medida em que as partes forem bem orientadas acerca do propósito da mediação e

Obrigada pela atenção!

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO
MESTRANDA ANA CRISTINA DA COSTA

PESQUISA REALIZADA COM OPERADOS JURÍDICOS ACERCA DA MEDIAÇÃO FAMILIAR

1) Você, enquanto advogado atuante na área de família, tem conhecimento dos novos mecanismos de acesso à justiça propostos pela Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil)?

- Sim
 Não

2) Em sua opinião, a proposta do Conselho Nacional de Justiça sobre a mediação tem demonstrado ser eficiente na resolução de conflitos?

- Sim
 Não, por quê?

3) Você estaria, enquanto operador do direito, disposto a participar de um curso de formação de mediadores nas bases instituídas pelo Conselho Nacional de Justiça?

- Sim
 Não, por quê?

4) Em sua opinião, qual é o impacto da mediação na diminuição da demanda no Judiciário?

- Baixo
 Médio
 Alto

5) Você entende que os princípios trazidos pela Lei nº. 13.105/2015, tais como: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada são suficientes para gerar segurança jurídica as partes?

- Sim, por quê?
 Não, por quê?

Quando esse for levado a efeito por um Mediador Judicial o Termo de Mediação será submetido a Homologação, tornando-o Título Executivo Judicial.

Obrigada pela atenção!

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO
MESTRANDA ANA CRISTINA DA COSTA

PESQUISA REALIZADA COM OPERADOS JURÍDICOS ACERCA DA MEDIAÇÃO
FAMILIAR

1) Você, enquanto advogado atuante na área de família, tem conhecimento dos novos mecanismos de acesso à justiça propostos pela Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil)?

- Sim
 Não

2) Em sua opinião, a proposta do Conselho Nacional de Justiça sobre a mediação tem demonstrado ser eficiente na resolução de conflitos?

Sim

Não, por quê?

Não, por que os mediadores não conhecem o processo.

3) Você estaria, enquanto operador do direito, disposto a participar de um curso de formação de mediadores nas bases instituídas pelo Conselho Nacional de Justiça?

Sim

Não, por quê?

Não tenho interesse.

4) Em sua opinião, qual é o impacto da mediação na diminuição da demanda no Judiciário?

- Baixo
 Médio
 Alto

5) Você entende que os princípios trazidos pela Lei nº. 13.105/2015, tais como: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada são suficientes para gerar segurança jurídica as partes?

Sim, por quê?

Não, por quê?

Já que foi homologado pelo Poder Judiciário.

Obrigada pela atenção!

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO
MESTRANDA ANA CRISTINA DA COSTA

PESQUISA REALIZADA COM OPERADOS JURÍDICOS ACERCA DA MEDIAÇÃO FAMILIAR

1) Você, enquanto advogado atuante na área de família, tem conhecimento dos novos mecanismos de acesso à justiça propostos pela Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil)?

Sim

Não

2) Em sua opinião, a proposta do Conselho Nacional de Justiça sobre a mediação tem demonstrado ser eficiente na resolução de conflitos?

Sim

Não, por quê?

3) Você estaria, enquanto operador do direito, disposto a participar de um curso de formação de mediadores nas bases instituídas pelo Conselho Nacional de Justiça?

Sim

Não, por quê?

4) Em sua opinião, qual é o impacto da mediação na diminuição da demanda no Judiciário?

Baixo

Médio

Alto

5) Você entende que os princípios trazidos pela Lei nº. 13.105/2015, tais como: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada são suficientes para gerar segurança jurídica as partes?

Sim, por quê?

Não, por quê?

Trata-se de decisão das partes com a ausência do poder judiciário.

Obrigada pela atenção!