



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR**  
**Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação**  
**Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea**

**RUBEM DE OLIVEIRA VALENTE NETO**

**MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA: A EXPERIÊNCIA DO  
BALCÃO DE JUSTIÇA E CIDADANIA NA BAHIA.**

**SALVADOR**

**2017**

**RUBEM DE OLIVEIRA VALENTE NETO**

**MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA: A EXPERIÊNCIA DO  
BALCÃO DE JUSTIÇA E CIDADANIA NA BAHIA.**

Dissertação apresentada à Universidade Católica do Salvador como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea.

Orientador: Profº Drº Camilo de Lelis Colani Barbosa

**SALVADOR**

**2017**

## TERMO DE APROVAÇÃO

**Rubem de Oliveira Valente Neto**

**“Mediação nas Relações de Família: a experiência do balcão de justiça e cidadania na Bahia”**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 22 de agosto de 2017.

Banca Examinadora:



**Prof. Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa**  
Orientador(a) - (UCSAL)



**Prof. Dr. João Glicério de Oliveira Filho** - (UFBA)



**Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos** - (UCSAL)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, minha família, meu orientador, professor Dr. Camilo Colani e todos os mestres pelos passos vitoriosos e pelos aprendizados nesta jornada até aqui.

## RESUMO

O presente estudo investigou o método não adversarial de resolução de conflitos, denominado mediação, dentro do contexto do programa do Balcão de Justiça e Cidadania na Bahia, notadamente considerando seu impacto na desjudicialização das demandas familiaristas, bem como sua importância face à crise da família contemporânea e do judiciário brasileiro. Nesse cenário, observou-se que os métodos consensuais, autocompositivos de solução de conflitos, em sintonia com a necessidade de busca de acesso à justiça como sinônimo de uma ordem jurídica democrática, ganham cada vez mais destaque na ordem jurídica brasileira como uma alternativa dinâmica, mais célere e barata de promoção da pacificação social. Nesse sentido, a presente investigação resultou, em parte, das análises obtidas por meio da experiência do autor como supervisor do Balcão de Justiça e Cidadania do Imbuí. Nessa linha de inteligência, analisou-se as mudanças das relações familiares, do clássico ao contemporâneo, contemplando, assim, as mudanças de paradigmas e implicações biunívocas entre família e direito, considerando aspectos psicológicos, antropológicos e sociais. O presente trabalho também investigou os métodos de solução de conflitos, com ênfase nos métodos não adversários, especialmente a mediação e sua pertinência como forma de solução de demandas familiaristas. Assim, foi realizado um paralelo da realidade em lide com o projeto do Balcão de Justiça e Cidadania, com base em estudos e dados concretos do projeto acerca dos impactos das mediações ocorridas, por meio do projeto nos bairros, com a desjudicialização das demandas de família no contexto, especialmente da capital baiana. Nessa perspectiva, observou-se aspectos negativos e contradições com relação ao discurso panfletário de que a mediação, especialmente considerando a prática no Balcão de justiça e cidadania, seja uma verdadeira panaceia para os males do judiciário no que toca as demandas de família.

Palavras-chave: mediação, Balcão de Justiça e Cidadania, desjudicialização, família contemporânea.

## ABSTRACT

The present study investigated the non adversarial method of conflict resolution, called mediation, within the context of the Bahia Justice and Citizenship Desk program, especially considering its impact on the detrimentalization of familial demands, as well as its importance in face of the crisis of the contemporary family and the Brazilian judiciary. In this scenario, it was observed that the consensual, self-composed methods of conflict resolution, in line with the need to seek access to justice as a synonym of a democratic legal order, are increasingly gaining prominence in the Brazilian legal system as a dynamic alternative, more quick and cheap way of promoting social peace. In this sense, the present investigation resulted, in part, from the analyzes obtained through the author's experience as supervisor of the Justice and Citizenship Department of Imbuí. In this line of intellection, we analyzed the changes in family relations, from the classic to the contemporary, contemplating, thus, the paradigm changes and biunivocal implications between family and law, considering psychological, anthropological and social aspects. The present work also investigated methods of conflict resolution, with emphasis on non - adversarial methods, especially mediation and its relevance as a way of solving familial demands. Thus, a parallel of the reality was dealt with with the project of the Justice and Citizenship Counter, based on studies and concrete data of the project about the impacts of the mediations that occurred, through the project in the neighborhoods, with the disjunction of family demands in the context, especially of the Bahian capital. From this perspective, we observed negative aspects and contradictions regarding the pamphleteer's discourse that mediation, especially considering the practice at the Justice and Citizenship Counter, is a true panacea for the ills of the judiciary as it relates to family demands.

Key words: mediation, justice and citizenship, prosecution, contemporary family.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA E O DIREITO DAS FAMÍLIAS</b>	<b>15</b>
2.1	A DESBIOLOGIZAÇÃO DA FAMÍLIA	21
2.2	A FAMÍLIA: DO CLÁSSICO AO CONTEMPORÂNEO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS	24
2.3	PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA	30
<b>2.3.1</b>	<b>Princípio da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges</b>	<b>32</b>
<b>2.3.2</b>	<b>Princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar</b>	<b>33</b>
<b>2.3.3</b>	<b>Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente</b>	<b>34</b>
<b>2.3.4</b>	<b>Princípio da pluralidade das entidades familiares</b>	<b>34</b>
2.4	A RACIONALIZAÇÃO DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO DIREITO DAS FAMÍLIAS	35
<b>2.4.1</b>	<b>Incidência dos Direitos e Garantias Fundamentais no Direito de Família</b>	<b>37</b>
<b>2.4.2</b>	<b>Controvérsias no Âmbito do Direito das Famílias: Conflitos Ético-Morais</b>	<b>37</b>
2.5	A DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS	39
<b>3</b>	<b>MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO E SUAS NUANCES</b>	<b>44</b>
3.1	ACESSO À JUSTIÇA: HISTÓRICO E SUA APLICAÇÃO NOS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	44
3.2	MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	52
<b>3.2.1</b>	<b>Negociação</b>	<b>54</b>
<b>3.2.2</b>	<b>Conciliação</b>	<b>55</b>
<b>3.2.3</b>	<b>Arbitragem</b>	<b>59</b>
<b>3.2.4</b>	<b>Sentença Judicial</b>	<b>60</b>
<b>3.2.5</b>	<b>Mediação</b>	<b>61</b>

3.2.5.1	Princípios da Mediação	65
3.2.5.2	Objetivos da Mediação	69
3.2.5.3	A Figura do Mediador	70
4	<b>A EXPERIÊNCIA DO BALCÃO DE JUSTIÇA E CIDADANIA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA COM A MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA</b>	74
4.1	A MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA	76
4.1.1	<b>A Mediação e a Violência Doméstica</b>	78
4.1.2	<b>A Mediação e os Novos Ditames Legais: Uma Mudança de Paradigma Está em Curso</b>	82
4.2	O PROJETO DO BALCÃO DE JUSTIÇA E CIDADANIA	91
4.2.1	<b>O Contexto de Formação do Projeto Balcão de Justiça</b>	91
4.2.2	<b>Os impactos dos serviços prestados pelo BJC na desjudicialização das demandas familiaristas</b>	94
5	<b>CONCLUSÃO</b>	102
	<b>REFERÊNCIAS</b>	108



## 1 INTRODUÇÃO

A Mediação constitui-se como um método consensual de resolução de conflitos, em que uma pessoa imparcial e capacitada atua, tecnicamente, no sentido de facilitar o diálogo entre as pessoas envolvidas num litígio de forma a propiciar que os mediados, a partir da restauração do diálogo, encontrem formas de lidar com as disputas e de resolver seus problemas. Nesse passo, é importante destacar que existem várias formas de mediação, que tanto podem ser informais como também profissionais. A mediação informal ocorre cotidianamente em situações das mais variadas, contando, muitas vezes, com a intervenção de parentes, amigos e até de líderes comunitários e religiosos. Já na mediação profissional são utilizadas técnicas próprias, rigor científico e diretrizes que visam garantir um procedimento eficaz de resolução de conflitos, harmonizado com a ideia de acesso à justiça, dignidade, solidariedade e celeridade.

De forma geral, a mediação profissional pode ser usada em escritórios de advocacia, consultórios de psicologia, tribunais de mediação e arbitragem, câmaras de mediação e em entidades, como órgãos de classe e associações beneficentes, que podem cobrar ou não por seus serviços. Nesse sentido, a mediação não se confunde com terapia, tampouco com o exercício da jurisdição.

Nas últimas décadas, especialmente a partir da década de setenta, a ideia de acesso à justiça, um fenômeno global, ganhou força num contexto de promoção do denominado Estado do bem-estar social, como parte da efetivação do estado democrático de direito na modernidade. Nessa linha de intelecção, em determinado momento, a busca de acesso à justiça associou-se, com especial destaque no Brasil, à promoção de novas técnicas de solução de conflitos, dentre as quais se destacam os métodos extrajudiciais e consensuais. Nessa ordem de ideias, o acesso à justiça cristalizou-se como sinônimo de acesso a uma ordem jurídica justa. Nesse ponto, concebeu-se que a titularidade dos direitos deve estar acompanhada de ferramentas adequadas, que viabilizem a sua proteção.

Com isso, passou-se a evidenciar a necessidade urgente da utilização de métodos de solução de conflitos mais dinâmicos e menos custosos. Esses métodos, enquadrados, muitas vezes, como não jurisdicionais, consagrados e denominados comumente por

meio da sigla em inglês ADR (Alternative Dispute Resolution) e modernamente chamados de métodos não adversariais, ganham força no Brasil e envolvem tanto os métodos que objetivam facilitar a autocomposição, soluções consensuais, como é o caso da mediação, conciliação e a negociação, bem como a heterocomposição, o caso da arbitragem – em que a solução é aplicada por um terceiro imparcial.

Nesse contexto, percebe-se que a ordem jurídica Brasileira, em face a uma evidente crise, está passando por um período de mudança de paradigmas. Assim sendo, o presente estudo investiga a contribuição da mediação para a solução de controvérsias na seara familiarista, com especial destaque para o impacto do projeto desenvolvido pelo Tribunal de Justiça da Bahia, qual seja, o Balcão de Justiça e Cidadania.

A relevância do tema em lide, que gira em torno da família, relaciona-se com o questionamento acerca do papel central que essa instituição social, objeto científico convergente de inúmeras ciências, reconhecida como célula mãe da sociedade, exerce na contemporaneidade. De mais a mais, a família pode ser entendida como um verdadeiro termômetro das transformações socioculturais, sendo certo que seus conceitos e valores impactam os preceitos morais e os costumes de cada momento histórico.

Nessa toada, percebe-se que a família contemporânea, nos últimos anos, tem passado por transformações intensas que têm impactado, inclusive, no tratamento jurídico das questões que envolvem o tema.

A família clássica poderia ser classificada como matrimonial, constituída exclusivamente pelo casamento heteroparental e patriarcal. Pode-se afirmar, nesse sentido, que o legado da antiguidade, no que toca à figura do chefe da família, “o homem da casa”, persiste, de uma forma ou de outra, na família clássica. Nas questões familiares, portanto, a vontade do homem prevalecia e o casamento, naquela oportunidade, era considerado, inclusive, um meio para legitimar as relações sexuais.

Nos últimos anos, a partir, especialmente, dos valores trazidos pela Carta Constituinte de 1988, a família ganhou contornos jurídicos democráticos, em que homens e

mulheres passaram a ser iguais. Essa igualdade, cada vez mais, vem sendo compreendida e concebida como igualdade substancial, e não apenas formal.

Nesse cenário, valores plurais passaram a nortear a dinâmica das relações familiares; além da hétero, passou-se a legitimar a homoparentalidade, independentemente, inclusive, da homoafetividade. Por fim, essa família, além de biológica, passou a ser concebida em sua dimensão afetiva, cristalizando o afeto como uma diretriz fundamental das relações familiares. O conceito e as relações de família, portanto, vão sendo enriquecidos com a introdução de novos valores.

Por outro lado, o pluralismo efervescente, marcado essencialmente pela igualdade e afetividade, tem gerado mudanças que, claramente, ainda não foram assimiladas no mundo contemporâneo. Homens, mulheres, idosos, crianças e adolescentes não têm conseguido administrar as diferenças que surgem em meio às denominadas “famílias eudemonistas”. A ausência de hierarquia e de papéis pré-estabelecidos, por óbvio, gera a necessidade de negociações constantes no seio familiar, o que, sem dúvidas, resulta, num primeiro momento, no aumento de incidência de conflitos familiares.

A presente dissertação objetiva descortinar o impacto da mediação nas relações familiares, especialmente no que toca à experiência do Balcão de Justiça na Bahia. Assim, inicialmente, o estudo em tela evidencia os aspectos que envolvem os dramas e as dinâmicas familiares no mundo atual, bem como suas relações biunívocas com o direito e com os métodos de soluções de conflito, especialmente os não adversariais, como é o caso da mediação.

Importante destacar o contexto social, psicológico e jurídico ao qual está inserido o Balcão de Justiça, que, nos últimos anos, alcançou o *status* de política pública devido à sua relevância social. Assim, é importante frisar que os conflitos familiares, em geral, são mais complexos, uma vez que, por conta do envolvimento emocional, não raro as verdadeiras causas dos problemas não são apresentadas de pronto. São apresentados, muitas vezes, nesses casos, conflitos aparentes em detrimento do conflito real.

Nessa linha de raciocínio, observa-se que os índices de violência doméstica aumentaram de forma avassaladora nos últimos anos, devido a fatores dos mais variados: desemprego, falta de diálogo, adultério, alcoolismo etc. Destaque-se que, nesse ponto, as principais vítimas de tais violências são mulheres.

Nesse cenário, a família, suas relações contemporâneas, seus conflitos e métodos mais apropriados de garantir a solução de tais problemas por meio da participação do judiciário, indubitavelmente, também são pontos fulcrais da presente investigação científica.

Ainda acerca dos métodos de solução de conflitos, como anunciado anteriormente, de forma geral, podem ser divididos em duas modalidades: a autocomposição e a heterocomposição. Na autocomposição, como acontece com a negociação, a mediação e a conciliação, em geral, não há, necessariamente, a presença do poder judiciário ou de qualquer outra pessoa impondo soluções aos conflitos. Por óbvio, os métodos citados são diferentes, com técnicas diferentes, sendo certo que o trabalho em análise avalia essas questões, com especial destaque à mediação, bem como sua evidente vocação para resolver os conflitos familiares. Na heterocomposição, por sua vez, há um terceiro que impõe uma decisão, como é o caso da jurisdição exercida pelo estado ou mesmo pela arbitragem.

Nesse contexto, duas recentes e impactantes inovações legislativas trouxeram a lume normas que estimulam os métodos não adversariais de resolução dos conflitos. O Código de Processo Civil (CPC), promulgado em 16 de março de 2015, traz regras sobre a mediação judicial em dezenas de dispositivos; sua entrada em vigor, após vacância de um ano, ocorreu em março de 2016. Simultaneamente, a Lei de Mediação, promulgada em 29 de junho de 2015, trouxe regras sobre a mediação judicial e extrajudicial e, após vacância de seis meses, entrou em vigor em dezembro de 2015. Logicamente, trata-se de um tema extremamente atual e concorrido, sendo que seus impactos socioculturais não são totalmente previsíveis.

De mais a mais, os mais diversos programas de mediação no país constatarem que as relações de família são as mais impactadas, inclusive pela elevada incidência de acordos do gênero.

Assim, é com o objetivo de alcançar a eficácia da experiência da mediação que o estado da Bahia, em 2003, criou um projeto denominado Balcão de Justiça e Cidadania, com intuito de oferecer uma justiça mais célere, barata e mais humana, dirigida a pessoas de baixa penetração econômica, social e cultural. Dessa forma, o projeto realiza a mediação na comunidade e atende bairros de Salvador e outras cidades do interior.

Cabe pontuar que este estudo é, em parte, resultado do trabalho desenvolvido pelo autor no Balcão de Justiça e Cidadania, no bairro do Imbuí, do qual o mesmo é supervisor desde 2014. Essa unidade fica localizada no Núcleo de Práticas Jurídicas, na Faculdade Ruy Barbosa, no bairro Paralela, e atende comunidades carentes que ficam ao redor.

Nesse sentido, adotou-se como critério de estudo para a presente pesquisa a utilização de uma metodologia sistemática, tendo como diretriz a leitura e experimento teórico acolhido pela doutrina e pela jurisprudência, com o intuito de nortear a compreensão do tema em lide, buscando em autores de várias searas da ciência social respaldo para uma visão interdisciplinar.

Foi adotado o uso de pesquisa bibliográfica e documental, contemplando, neste ponto, posicionamento dos doutos de diversas áreas das ciências sociais, bem como a promoção de pesquisa sobre as leis e decisões jurisprudenciais, pesquisas de dados apresentadas por institutos autorizados e amostragem de dados a partir da experiência profissional do autor, para desenhar os recentes contornos da problemática trazida a lume

Nos últimos anos, inclusive, por meio da resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o projeto alcançou o patamar de política pública orientada para aperfeiçoar a administração da justiça. O efeito positivo dos resultados, inclusive, tem repercutido no sentido de se repensar a cultura do litígio, tão enraizada na tradição jurídica do país. No relatório do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) acerca dos dez anos de serviços ininterruptos prestados à comunidade,

pode-se evidenciar, notadamente em Salvador, quebra de velhos padrões ligados à cultura do litígio.

Dessa forma, o capítulo 2 trata da dinâmica das relações familiares na contemporaneidade, evidenciando as mudanças de paradigmas ocorridas, bem como suas repercussões no cenário jurídico. Do clássico ao contemporâneo, foram analisados fenômenos como: a desbiologização da família, a pluralidade dos modelos familiares, os princípios jurídicos que norteiam essas relações, o movimento crescente de valorização da autonomia privada nas relações de família, bem como a racionalização da intervenção do estado nessas relações, além do processo de desjudicialização do direito das famílias.

Já no capítulo 3, analisa-se os métodos de resolução dos conflitos, bem como suas variantes, com especial destaque aos métodos não adversariais, notadamente fazendo-se um paralelo entre tais métodos e destacando, dentro desse panorama, a mediação, seus princípios e sua vocação para solucionar conflitos familiares. Nesse cenário, descortinou-se uma evidente mudança de paradigma que tem ocorrido na ordem jurídica brasileira com o impulsionamento de “novos métodos” de solução de conflitos ligados à ideia de implementação do acesso a uma ordem jurídica justa.

Por fim, no capítulo 4, é feito um estudo documental de relatórios de instituições com atribuições correlatas ao tema, bem como amostragem de dados concretos da experiência profissional do autor, observando-se o impacto da mediação na desjudicialização das ações de família, por meio das atividades do projeto do Balcão de Justiça. Também se analisa a complexidade das relações de família e o aumento de litígios e sua relação com certa instabilidade que vem ocorrendo na família contemporânea. Ato contínuo, observou-se o impacto sociojurídico do Balcão de Justiça na comunidade baiana, especialmente nas relações familiaristas.

## 2 A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA E O DIREITO DAS FAMÍLIAS

Desde os tempos mais remotos, a família, instituição reconhecida como célula-mãe da sociedade, tem se renovado em sintonia com as transformações socioculturais, sendo evidente que seus conceitos e valores refletem os preceitos morais e os costumes de cada momento histórico. De igual modo, tais valores são refletidos na sociedade e no direito, ao tempo que, também, o próprio direito se incumbe de aprimorar o “ethos” social<sup>1</sup>.

Merece destaque o fato de que o conceito e a estrutura da família evoluíram sintomaticamente, especialmente nos últimos anos, acarretando uma mudança no seu referencial. Com efeito, criou-se um paradigma contemporâneo, afastando-se da família uma concepção estritamente naturalística, biologizada, invadindo o terreno cultural. Nesse sentido, pontua Rolf Madaleno (2017, p. 6):

A nova família foi desencarnada do seu precedente elemento biológico para ceder lugar aos vínculos psicológicos do afeto, consciente a sociedade que, na formação da pessoa humana, os valores como a educação, o afeto e a comunicação contígua guardam muito mais importância do que o elo da hereditariedade. A família que foi repersonalizada a partir do valor do afeto, não de qualquer relação afetiva, como pudesse alguém argumentar, mas de um afeto especial e complementar de uma relação de estabilidade, coabitação, intenção de constituir um núcleo familiar, de proteção, solidariedade e interdependência econômica, tudo inserido em um projeto de vida em comum, conforme exterioriza o artigo 1.511 do Código Civil, ao explicitar que a comunhão plena de vida é princípio geral e ponto de partida para o pleno desenvolvimento pessoal dos partícipes de cada um dos diversificados modelos de famílias.

O Direito, notadamente o de família, tem passado por grandes transformações nos últimos tempos. Nunca se modificou, em tão pouco tempo, a legislação sobre o Direito de família. Essas mudanças refletem o momento histórico que estamos vivenciando: mudança de séculos, início de um novo milênio, globalização, sociedade do hiperconsumo etc. A estrutura patriarcal da sociedade está se transformando. Há uma ruptura estrutural no sentido de que o homem, enquanto provedor, tem sido questionado em sua suposta superioridade. Os movimentos sociais, com evidentes reflexos na ordem jurídica, enunciaram a igualdade dos gêneros. Parece haver uma

---

<sup>1</sup> O direito pode ser entendido, do ponto de vista sociológico, como um fenômeno condicionado pela sociedade, como produto de um complexo de fatores sociais que, ao mesmo tempo, são desenhados pelo direito (CAVALIERI FILHO, 2015).

confusão no limite dessa igualdade. E o Direito, por óbvio, tem absorvido isso. (PEREIRA, 2012).

Clóvis Beviláqua (2001, p. 16) definia a família da forma que segue

Um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie.

Família corresponde ao lugar em que o ser humano nasce e é inserido na sociedade, capacitando-o a desenvolver as suas potencialidades. Nesse sentido, a família é o instituto basilar da sociedade, sendo fundamental para o desenvolvimento e amadurecimento da personalidade de seus integrantes, em que se conserva a dignidade da pessoa humana, o respeito entre os familiares<sup>2</sup>.

A ideia de família, para o Direito brasileiro, contudo, sempre foi a de que ela é constituída de pais e filhos unidos a partir de um casamento regulado e regulamentado pelo Estado. Os movimentos sociais e a revolução dos costumes nas décadas de 1960 e 1970 foram absorvidos pelo Texto Constitucional de 1988. E somente a partir daí que o Estado, constitucionalmente, passou a proteger as famílias que não fossem constituídas pelo casamento. Então, podemos entendê-la como um gênero do qual ressaem várias espécies. Trata-se do reconhecimento de que a família não é mais singular (PEREIRA, 2012).

É o ambiente familiar que modela o comportamento humano<sup>3</sup>, uma vez que os primeiros preceitos morais e éticos são absorvidos dentro do núcleo familiar. Nesse

---

<sup>2</sup> A norma tutela não somente bens, mas também instituições. Quando o legislador entende que certas instituições são valiosas e indispensáveis à vida social, cerca-as, defende-as, estabelecendo em torno delas a proteção jurídica. É o caso da família. Trata-se de instituição social primordial. Assim, procurou-se protegê-la através de uma infinidade de normas. Há normas no Código Civil (um livro todo que só trata do direito de família), no Código Penal (dos crimes contra a família, arts. 235-249) e na própria Constituição, destinadas à proteção da família. Assim, tem conseguido a sociedade, bem ou mal, preservar essa instituição através dos séculos e a despeito de todas as influências perniciosas que conspiram contra ela. O próprio Estado, que é a instituição maior, necessita da proteção do Direito e, por isso, existem leis, a começar pela Constituição, destinadas a organizá-lo e conservá-lo. (CAVALIERI FILHO, 2015).

<sup>3</sup> O "menino selvagem" Victor de Aveyron é um dos casos mais conhecidos de seres humanos criados livres em ambiente selvagem, portanto, sem a família. O caso em foco destaca a importância da família no processo de socialização do indivíduo. Aparentemente abandonado numa floresta com cerca de cinco anos de idade, foi objeto de debates, especialmente na França, local onde o caso aconteceu. Tal



contexto, o art. 229<sup>4</sup> da Constituição Federal dispõe expressamente que os pais devem aos filhos assistência moral e material. Significa, portanto, que se os pais devem isso aos seus filhos, de igual modo, devem ser presentes, participativos. Nessa ordem de ideias, destaca-se Lôbo (2017, p. 295):

Extrai-se do art. 227 da constituição o conjunto mínimo de deveres cometidos é família-*fortiori* ao poder familiar- em benefício dos filhos, enquanto criança e adolescente, a saber: o direito á vida, á saúde, a alimentação (sustento), á educação, ao lazer, á profissionalização, á cultura, á dignidade, ao respeito, á liberdade e á convivência familiar. Por seu turno, o art. 229 estabelece que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Evidentemente esse conjunto de deveres deixa pouco espaço para o poder. São deveres jurídicos correlativos a direitos cujo titular é o filho.

A compreensão do conceito de família passou por muitas mudanças e, no cenário jurídico, com o advento da Constituição Federal de 1988, deixou de consagrar como único modelo familiar a família tradicional, exclusivamente matrimonial. Passaram a ser admitidas novas entidades familiares, inclusive integrando as famílias monoparentais (quando apenas um dos pais arca com as responsabilidades de criar os filhos), anaparental (cujo conceito abrange não apenas, mas também, as pessoas

---

história iniciou-se em 1797, quando um menino inteiramente nu, que fugia do contato com as pessoas, foi visto pela primeira vez na floresta de Lacaune. Era um menino de cerca de 12 anos de idade, media 1,36 m, tinha a pele branca e fina, rosto redondo, olhos negros e fundos, cabelos castanhos e nariz comprido e aquilino. Victor não pronunciava nenhuma palavra e parecia não entender nada do que falavam com ele. Apesar do rigoroso inverno europeu, rejeitava roupas e também o uso de cama, dormindo no chão, sem colchão. Quando procurava fugir, locomovia-se apoiado nas mãos e nos pés, correndo como os animais quadrúpedes. Alguns médicos, como os franceses Esquirol (1772-1840) e Pinel (1745-1826), diagnosticaram o menino selvagem como idiota (nomenclatura que hoje corresponde à deficiência mental grave). O médico psiquiatra Jean-Marie Gaspard Hard, diretor de um instituto de surdos-mudos, não compartilhava da opinião dos colegas. Em seu livro *A educação de um homem selvagem*, publicado em 1801, Hard apresenta seu trabalho com o menino selvagem de Aveyron, descrevendo as etapas de sua educação: ele já é capaz de sentar-se convenientemente à mesa, tirar a água necessária para beber, levar ao seu benfeitor as coisas de que necessita; diverte-se ao empurrar um pequeno carrinho e começa, também, a ler. Cinco anos mais tarde já fabricava pequenos objetos e podava as plantas da casa. A partir desses resultados, Hard reforçou sua tese de que os hábitos selvagens e a aparente deficiência mental iniciais eram apenas e tão somente resultados de uma vida afastada de sua família e da civilização. Acompanhando de perto e trabalhando vários anos com Victor para educá-lo, Hard formula a hipótese de que a maior parte das deficiências intelectuais e sociais não é inata, mas tem sua origem na ausência da socialização, na falta de comunicação com os semelhantes, principalmente pela palavra. Aproximando-se da visão sociológica dos fatos sociais, o pesquisador concluiu que o isolamento social prejudica a sociabilidade do indivíduo. E a sociabilidade é a base da vida em sociedade. Os estudos de Hard reforçam um dos fundamentos da Sociologia: os fatos sociais, embora exteriores, são introjetados pelo indivíduo e exercem sobre ele um poder coercitivo, já que determinam seu comportamento (CIZOTO; DIÉGUEZ; PINTO, 2016, p. 61-62).

<sup>4</sup> CF, Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

agregadas, como, por exemplo, duas amigas aposentadas e viúvas que resolvem compartilhar a velhice juntas), a homoafetiva (resulta de uma união entre pessoas do mesmo sexo) e a eudemonista (valoriza o afeto em detrimento dos laços de consanguinidade. É o caso, por exemplo, do reconhecimento da paternidade socioafetiva).

Nessa ordem de ideias, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012, p. 71) afirmam ser dada ao sujeito a liberdade de formar ou não sua família, sem qualquer imposição ou adesão aos modelos preexistentes, em um inadmissível elenco fechado e injustificado.

Aceitar essa limitação seria retroceder ao próprio tempo em que o casamento era a única opção de formação familiar, e tal restrição ou retrocesso nem mesmo a Carta Federal permite concluir, uma vez que reconhece em seu texto existirem outros núcleos familiares dissociados do modelo matrimonial. E se mudaram os paradigmas do passado, devem ser estabelecidos os padrões do presente, tomando, de antemão, a relevância jurídica dos vínculos de afeto, ou usando a moderna linguagem tridimensional, genética, (des)afetiva e ontológica (WELTER, 2009, p. 72).

E, nesse sentido, se a família, hoje, tem outro perfil, que se alargou para além das fronteiras enlaçadas pela Constituição Federal com o casamento (CF, art. 226, § 1º), a união estável (CF, art. 226, § 3º) e a família monoparental, representada pela comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes (CF, art. 226, § 4º), cumpre-se, então, localizar essas famílias denominadas plurais e concluir sobre suas formações e seus efeitos<sup>5</sup> (MADALENO, 2017, p. 7).

Nessa linha de inteligência<sup>6</sup>, Paulo Luiz Netto Lôbo assenta que:

---

<sup>5</sup> O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no paradigmático REsp. 1.281.236/SP, consagrou a tese da família instrumental; eudemonista.

<sup>6</sup> “O Supremo Tribunal Federal (STF), citando preceitos doutrinários, já decidiu: A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados. [...] A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova

[...] Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade (2002, p. 95)

Ressalta-se, ainda, o reconhecimento da família extensa (decorrente da adoção), como revela o art. 25, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”. Esse conceito foi incluído pela Lei nº 12.010/2009 (Lei de Adoção). Nessa linha de inteligência, destaca Rolf Madaleno (2017, p. 11):

Entre os anglo-saxões as famílias recompostas são chamadas de stepfamily, de onde a palavra step provém de steop, que, em uma acepção antiga, significava “desamparado, abandonado, órfão”, enquanto os franceses as denominam famille recomposée, ao passo que na língua espanhola e portuguesa não existe qualquer denominação para essas espécies de famílias, que terminam sendo definidas como “novas famílias depois do divórcio”, ou “segundas famílias” como arremedo de “segundas núpcias”, enquanto na área psicossocial, prosseguem Grosman e Martínez Alcorta, são designadas como “famílias reconstituídas”, “famílias recompostas”, “famílias mescladas” e no Brasil são mais conhecidas como famílias mosaicas ou pluriparentais.

Inclusive, fala-se, ainda, de outras recentes e controversas formas de expressão de família. Há alguns registros civis pelo país que ainda não garantem reconhecimento de entidade familiar, por exemplo, aquela decorrente do poliamor e da união poliafetiva, que entra em conflito com a tradicional concepção da monogamia. Nela, admitir-se-ia a união de mais de duas pessoas em matrimônio ou união estável. Sobre o tema em tela, adverte Rolf Madaleno (2017, p. 27):

Oficializar o triângulo amoroso pela escritura pública de um vínculo poliafetivo não é suficiente para declarar marido e mulheres ou esposa e maridos de uma relação de poliamor. O princípio da monogamia continua sendo um

---

orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. Os intérpretes, em sentido amplo, compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action*” (PEREIRA, 2012).

princípio ordenador de uma conduta humana ao menos preferencial de organização das relações jurídicas da família do mundo ocidental. Somente o Poder Judiciário está habilitado para reconhecer circunstanciais efeitos jurídicos aos contratos de relações poliafetivas, no tocante à partilha de bens em caso de dissolução parcial ou total do triângulo afetivo, seja pela dissolução em vida ou pela morte de algum dos três ou de mais conviventes, assim como o direito aos alimentos ou à previdência social, o uso do apelido de família e todos os demais efeitos jurídicos que irão depender de pronunciamento judicial, prestando-se a escritura como simples declaração e prova de uma convivência triangular. Isso porque não há nenhum dispositivo de lei reconhecendo a validade de uma relação poliafetiva, como também é verdade e isto disse a tabeliã que lavrou a escritura na cidade de Tupã, também não há nenhuma proibição legal, e muito menos a exigir a escritura pública como condição de manifestação de vontade, de publicidade, segurança e solenidade imposta para a constituição e validade de uma relação de poliamor. De conformidade com o artigo 215 do Código Civil, a escritura pública, lavrada em notas de tabelião é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena, mas somente de uma clara manifestação de vontade das partes e dos intervenientes (§ 1º, inciso IV, do art. 215 do CC) de anunciarem publicamente seu relacionamento poliafetivo, e nisto, no meu modo de ver, se exaurem os efeitos da mencionada escritura de declaração, cometendo ao Poder Judiciário interpretar, quando convocado, a extensão dos efeitos jurídicos das uniões estáveis poliafetivas. A Corregedoria Nacional de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, pretende subsidiar uma possível norma do CNJ sobre os registros civis das uniões entre mais de duas pessoas, tendo sugerido, mas não proibido, que os Cartórios de Ofício de Notas aguardem a conclusão deste estudo para lavrar novas escrituras declaratórias de uniões poliafetivas.

No mesmo caminho, há a denominada família multiparental, como consequência das mudanças de critérios que definem as relações de parentesco/filiação, em homenagem aos princípios da dignidade e da afetividade, conferindo a possibilidade de reconhecimento simultâneo de vínculos biológicos e afetivos, como, por exemplo, a legitimação da maternidade/paternidade de uma madrasta/padrasto sem que se desconsidere o pai ou a mãe biológicos.

Ressalte-se que, nas mais diversas modalidades familiares, o poder familiar está presente. Por sua vez, o poder familiar se afigura como o plexo de obrigações parentais, destacando-se o princípio da afetividade, da paternidade responsável e, principalmente, o da dignidade da pessoa humana como elementos intrínsecos aos laços familiares.

Nesse campo, os novos pilares constitucionais e sua incidência nas relações típicas do direito privado alcançam um patamar especial da compreensão acerca da família numa perspectiva jurídica, permitindo a preservação da dignidade humana promovida por meio do reconhecimento da isonomia, da pluralidade, solidariedade, afetividade e

supremacia do interesse da criança e do adolescente. Assim, a família goza de uma estrutura muito mais instrumentalizada do que finalística. Portanto, a família não é uma finalidade em si mesma, mas o meio de desenvolvimento da pessoa humana.

Dessa forma, percebe-se que o papel da família contemporânea, na perspectiva jurídico-constitucional, mais do que qualquer outra instituição social, é o de promoção do desenvolvimento adequado da personalidade.

A transição da família como simples unidade econômica para um compreensão solidária e afetiva, tendente a criar o desenvolvimento da personalidade de seus componentes, traz consigo a afirmação de uma nova feição fundada agora na ética e na solidariedade. A entidade familiar hoje em dia, como um grupo social, baseado em laços afetivos, não somente aos olhos jurídicos, mas também aos da psicologia, o afeto se evidencia como uma verdadeira âncora, assim, afirma-se a grande importância do afeto para que compreenda a própria pessoa humana, integrando o seu eu, sendo necessário compreender a possibilidade de que dele decorram diversos efeitos jurídicos (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 78).

Diante do exposto, conceitua-se família como instituição social primária, podendo ser considerada um regime de relações interpessoais e sociais, com ou sem a presença da sexualidade humana, com o objetivo de colaborar para a realização das pessoas humanas que compõem um determinado núcleo (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 10).

Dessa forma, evidencia-se que o denominado direito de família tem como objeto as relações familiares, seus afetos e conflitos que envolvem as pessoas interligadas pelos vínculos do casamento, da união estável, de parentesco ou por conta da tutela e curatela.

## **2.1 A DESBIOLOGIZAÇÃO DA FAMÍLIA**

Em 1884, Friedrich Engels publicou *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Descreveu, nesta obra, uma linha evolutiva em três patamares: estado selvagem, barbárie e civilização. No estado selvagem, os homens apropriam-se dos produtos da natureza prontos para serem utilizados. É nesse momento que surge o arco e a flecha e, por consequência, a caça. A linguagem começa a ser articulada. Na barbárie, por sua vez, surge a cerâmica, a domesticação de animais, a agricultura e

aprende-se a incrementar a produção da natureza por meio do trabalho. No patamar da civilização, o homem continua aprendendo a elaborar os produtos da natureza: é exatamente o período da indústria e também da arte. Em algumas tribos e em variados lugares, as famílias se apresentam de forma poligâmica ou monogâmica, patriarcal ou matrilinear, no estado de natureza ou no estado de cultura, em qualquer tempo ou espaço, sempre como um grupo natural de indivíduos unidos por uma dupla relação biológica (PEREIRA, 2012).

Contudo, há uma evolução importante desse conceito fundamental de família (que era estritamente biológico: pai, mãe e filho biológico)<sup>7</sup>, debatido, inclusive, pelos antropólogos e psicólogos. Na paradigmática obra, *As estruturas elementares do parentesco*, Claude Levy Strauss (1982, p. 52) evidencia que o conceito de família é, também, cultural.

Nessa linha de raciocínio, pontua Lacan (1990, p. 13):

Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua acertadamente chamada de materna. Com isso, ela preside os processos fundamentais do desenvolvimento psíquico, preside esta organização das emoções segundo tipos condicionados pelo meio ambiente, que é a base dos sentimentos, segundo Shand; mais amplamente, ela transmite estruturas de comportamento e de representação cujo jogo ultrapassa os limites da consciência.

Na segunda metade do séc. XIX, quando o parentesco começou a ser estudado pelos antropólogos, percebeu-se, acerca do casamento, a existência de muitas normas diferentes, que variavam intensamente de acordo com a sociedade estudada, especialmente sobre casamentos possíveis e proibidos. A princípio, tais normas não pareciam apresentar padrão universal, ao contrário, eram extremamente diferentes.

Lévi-Strauss (1982), por sua vez, realizou uma grande pesquisa etnográfica acerca dos mais variados sistemas de normas sobre o casamento e demonstrou a existência de uma regra universal. Essa regra era, exatamente, a proibição do incesto. A vedação

---

<sup>7</sup> João Baptista Villela (1979), em sua obra *Desbiologização da paternidade*, já evidenciou, referindo-se à paternidade, que esta não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Esse mesmo raciocínio, obviamente, pode ser aplicado à questão da família como um todo.

do casamento entre parentes próximos foi percebida em todas as sociedades estudadas.

Com algumas variações quanto ao conteúdo, o incesto poderia ser considerado um verdadeiro tabu. Dessa forma, o autor colocou em xeque a ideia de que o universal liga-se à natureza, enquanto as normas, variáveis em essência, estariam circunscritas ao campo da cultura.

Essa percepção trouxe a lume a ideia de que existem pontos de interseção entre o domínio da natureza e da cultura. O denominado tabu do incesto<sup>8</sup>, o verdadeiro estado de arte do estruturalismo lévi-straussiano, quebra paradigmas antropológicos ao tempo em que desbiologiza o conceito de família.

Nessa ordem de ideias, pontua Freud (1974, p. 43):

Onde existe uma proibição tem de haver um desejo subjacente [...] afinal de contas, não há necessidade de se proibir algo que ninguém deseja fazer e uma coisa que é proibida com a maior ênfase (o incesto) deve ser algo que é desejado. Se aplicarmos essa tese plausível aos nossos povos primitivos, seremos levados à conclusão de que algumas de suas mais fortes tentações

---

<sup>8</sup> O tabu do incesto representava o suprassumo do estruturalismo lévi-straussiano. É o exemplo de como um modelo inconsciente necessita de investigação para se tornar inteligível. Sua análise da proibição do incesto rompia com todas as abordagens tradicionais anteriormente oferecidas que percebiam o tabu do incesto. Ora em termos morais, ora em termos biológicos, Lévi-Strauss o desmoraliza de todas as considerações etnocêntricas e, ao mesmo tempo, o desbiologiza, apresentando-o no plano de sua positividade social.

Positividade social, quando investigado o caráter de transação que se instaura com a aliança matrimonial, uma vez que a proibição de casar com um parente próximo remete a possibilidade de casar com outro, ou seja, instaura a regra da exogamia – a obrigação de casar fora do grupo.

A obrigação de casar fora determina a saída do plano biológico (filiação) e cria o laço social propriamente dito (aliança). Tanto a proibição do incesto quanto a exogamia demandam a existência da reciprocidade implicada na lógica de que “só renuncio a minha irmã ou minha mãe se meu vizinho também se dispôr a renunciar”. O fato de obter uma mulher fora do grupo resulta de um pai ou, ainda, um irmão terem renunciado da prática do incesto; a exogamia, por sua vez, pressupõe a escolha de determinada classe para o estabelecimento de relações sociais. A partir do momento em que uma mulher sai de seu grupo para casar em outro grupo, se estabelece que o grupo receptor está em dívida e deve ceder uma mulher para o grupo doador. A lógica perpassa a troca de bens, de comunicação e se instaura, também, a troca de pessoas. As trocas realizadas entre os clãs estabelecem inúmeras relações, permitindo a integração na sociedade, ao mesmo tempo que permite, também, sua existência. O entendimento da troca para além dos bens, e da questão da reciprocidade realizada por Lévi-Strauss, deve muito ao *Ensaio sobre o dom*, de Marcel Mauss (1924). Este último, no seu ensaio, determinou as três condições de trocar-donar, receber e retribuir, bem como desvendou a troca para além dos bens, envolvendo as mulheres enquanto dádivas supremas. Estas últimas são dádivas supremas por carregarem a capacidade de geração da vida, imprescindível para a sobrevivência do clã, alçando um papel fundamental na exogamia, o que demonstrava o porquê de a mulher ser uma importante moeda de troca. O casamento demonstra não só uma aliança com o clã, mas também com a comunidade, este é o porquê de toda a pressão para que a mulher represente a melhor dádiva (LEVI-STRAUSS, 1982).

eram matar seus reis e sacerdotes, cometer incesto, tratar mal os mortos e assim por diante – o que dificilmente parece provável. E nos defrontaremos com a mais positiva contradição se aplicarmos a mesma tese em que nós mesmos pareceremos ouvir com a maior clareza a voz da consciência. Sustentaríamos com a mais absoluta certeza que não sentimos a mais leve tentação de violar nenhuma dessas proibições – o mandamento ‘Não matarás’, por exemplo – e que não sentimos senão horror à ideia de violá-las.

Assim, Lévi-Strauss (1982) revela a estrutura elementar e inconsciente do parentesco que é o tabu do incesto. Nesse sentido, transcendendo a biologia, a família desemborca numa experiência cultural. Evidencia-se, por conseguinte, a importância do estudo sobre a progressão dos valores familiares no tempo.

Dessa forma, Claude Lévi-Strauss (1982, p. 68) arremata:

A proibição do incesto não é nem puramente de origem cultural nem puramente de origem natural, e também não é uma dosagem de elementos variados tomados de empréstimo parcialmente à natureza e parcialmente à cultura. Constitui o passo fundamental graças ao qual, pelo qual, mas sobretudo no qual se realiza a passagem da natureza para a cultura.

## **2.2 A FAMÍLIA: DO CLÁSSICO AO CONTEMPORÂNEO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS**

Somente após a passagem do homem da natureza para a cultura que se tornou possível estruturar a família. Esta, como já se evidenciou, constitui uma estruturação psíquica que possibilita ao homem estabelecer-se como sujeito e desenvolver relações, conseqüentemente, relações jurídicas. A partir deste momento, o homem cria seu ordenamento jurídico e normatiza as conseqüências dessa estrutura, com seus costumes e sua cultura. Nesse sentido, uma das instituições que mais tem sido objeto de regulamentação jurídica é o casamento. Embora o casamento, no Direito romano, tivesse mais sentido religioso, sua concepção era mais de relação jurídica do que propriamente uma celebração. Foi o cristianismo que elevou o casamento à dignidade de sacramento (PEREIRA, 2012).

O casamento, na família clássica, era a única forma de constituir família. A família tradicional, portanto, era casamentaria. Não casar implicava diretamente em não ter família. Esse paradigma, inclusive, foi incorporado no Código Civil brasileiro de 1916. Nesse sentido, elucida Rolf Madaleno (2017, p. 8):



Para triunfo do casamento era importante o princípio da monogamia, que não tem texto expresso no ordenamento jurídico brasileiro, mas surgiu no período de transição entre a fase média e a fase superior da barbárie, baseado na predominância do homem e na certeza da paternidade de seus filhos, assim conferindo maior solidez aos laços conjugais, embora ao homem sempre fosse tolerado o direito à infidelidade, de sorte que ao morrer o homem teria a certeza de estar transmitindo sua riqueza e por herança aos seus filhos, e não aos filhos de qualquer outro. O discurso de adoção ao princípio da monogamia acompanhou o longo percurso da cristandade do matrimônio monogâmico, indissolúvel e destinado à procriação o único espaço da sexualidade.<sup>26</sup> Somente no casamento existiria a legítima descendência, onde os filhos eram presumidamente conjugais e não sofriam as discriminações da prole preterida, subdividida em filhos ilegítimos, espúrios, naturais e incestuosos. Honrada seria a mulher do casamento, cuja imagem social se manteria íntegra e ilibada.

Do ponto de vista jurídico, portanto, a família era, exclusivamente, matrimonial, a família conjugal, logo, patriarcal e completamente hierarquizada. Nas decisões familiares, a vontade do homem prevalecia sobre a da mulher e os pais tinham poder sobre os filhos. Havia uma hierarquia estruturante. Clóvis Beviláqua (1976, p. 34), nesse contexto, definia casamento:

Casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.

Quando se coloca em pauta a igualdade de direitos<sup>9</sup>, e se coloca em xeque a direção da sociedade conjugal, na verdade, está se fazendo o questionamento de uma ordem milenar, que é o sistema patriarcal. É esse sistema o autorizador dessa desigualdade. Indaga-se, então: o que, em tese, autoriza essa suposta superioridade do homem? Em que razões e bases estão assentados os princípios do patriarcado? São biológicas, econômicas, sociológicas, psíquicas ou jurídicas? Desta ou daquela natureza, podemos dizer que é em tal ordem que estava assentado o nosso ordenamento jurídico. Entender isso é estar mais lúcido para compreender o momento histórico em que estamos inseridos, neste terceiro milênio, com as transformações do Direito de Família (PEREIRA, 2012).

---

<sup>9</sup> O Estatuto da Mulher Casada, embora tenha dado nova redação ao art. 233 do Código Civil de 1916, manteve o instituto, com todas as suas consequências, fazendo, portanto, subsistir a hierarquia na sociedade conjugal. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (PEREIRA, 2012).

Na Idade Moderna e depois na Contemporânea, no período após a Revolução Francesa e já sob a influência da Revolução Industrial, a família, contudo, continuou sua evolução, mas sempre dentro das trilhas dos princípios do patriarcado. É certo também que sofreu influência de princípios religiosos. Basta lembrarmos, por exemplo, que, no Brasil, até a Constituição de 1891, o casamento religioso e o civil fundiam-se em um só ato. De certa forma, até hoje o Direito de Família mantém forte influência do Direito Canônico, inclusive utilizando expressões daquele direito, como, por exemplo, “impedimentos dirimentes”, “matrimônio” etc. Por consequência, continua reivindicando-se mais igualdade entre homem e mulher, especialmente agora que o fundamento do “sustento do lar” caiu por terra, vez que ambos tendem a se responsabilizar pela manutenção da prole<sup>10</sup> (PEREIRA, 2012).

---

<sup>10</sup> “O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), órgão responsável pela estatística da população brasileira, divulgou dados sobre o registro civil atualizado até 2009, concluindo que o número de casamentos caiu pela primeira vez desde 2002: 28 O total de casamentos ocorridos e registrados em 2009 caiu 2,3%, em relação a 2008 na população de 15 ou mais anos de idade, causando queda de 0,2 pontos na taxa de nupcialidade (casamentos por mil habitantes nessa faixa etária), a primeira retração desde 2002. O Acre ficou com a maior taxa de nupcialidade (11,2‰, quase o dobro da taxa nacional de 6,5‰), e também teve maior percentual de divórcios do tipo direto (98,3%). As mulheres estão casando cada vez mais tarde e o percentual de casamentos em que a mulher é mais velha do que o homem está aumentando gradativamente (de 19,3% em 1999 para 23,0% em 2009). Os casamentos em que um dos cônjuges é divorciado ou viúvo passaram de 10,6% em 1999 para 17,6% em 2009. As separações se mantiveram estáveis entre 2008 e 2009, enquanto as taxas de divórcios diminuíram ligeiramente (de 1,5‰ para 1,4‰), porém mantêm-se mais elevadas que em 1999. Entre 1999 e 2009, aumentou o percentual de divórcios de casais sem filhos (de 25,6% para 37,9% do total de divórcios) e com filhos maiores (de 12,0% para 24,4%), enquanto os divórcios de casais com filhos menores caíram de 43,1% para 31,4%, após a instituição do divórcio por via administrativa em 2007. Apesar da guarda materna dos filhos ainda ser majoritária (87,6% em 2009), os divórcios com guarda compartilhada aumentaram de 2,7% em 2004 para 4,7% em 2009. O sub-registro de nascimentos (nascimentos estimados para o ano de referência e não registrados até o primeiro trimestre do ano seguinte) continua diminuindo (de 20,7% em 1999 para 8,2% em 2009). As diferenças regionais, porém, permanecem altas: enquanto os registros extemporâneos (nascimentos notificados em anos posteriores ao ano de referência) foram poucos em São Paulo (1,6%), Paraná (2,2%) e Santa Catarina (2,2%), chegam a percentuais significativos no Amazonas (34,1%), Pará (30,8%) e Roraima (26,8%). Os estados da região Norte também se destacam pelo percentual de nascimentos ocorridos em domicílios, especialmente Acre (10,8%) e Amazonas (10,7%), enquanto 97,7% dos nascimentos no Brasil aconteceram em hospitais e, deles, 26,1% ocorreram fora do município de residência da mãe. De 2004 a 2009, o número de nascimentos aumentou entre mães com idade a partir de 25 anos e decresceu nas faixas etárias mais baixas. Quanto aos óbitos de jovens, em especial homens, a maior percentagem se refere a causas violentas (67,9% para homens de 15 a 24 anos). Nas regiões Nordeste e Sul, o percentual de óbitos de causa violenta aumentou para ambos os sexos, em oposição ao restante do país. Essas e outras informações estão disponíveis nas Estatísticas do Registro Civil, que refletem a totalidade dos registros de nascimentos, óbitos, casamentos, separações e divórcios declarados pelas varas de família, foros e varas cíveis. (Fonte: IBGE) A redução do número de casamentos não significa que as entidades familiares estão em decadência. Ao contrário, temos a reafirmação de que o casamento não é a única hipótese para configuração familiar, e as pessoas têm mais liberdade e autonomia para escolherem a forma de constituição de seu núcleo familiar. Se, por um lado, o número de casamentos caiu, por outro lado, os divórcios aumentaram. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE divulgou, em 2010, que o número de divórcios subiu desde 1984. A taxa geral de divórcio atingiu, em 2010, o seu maior valor, 1,8% (1,8 divórcios para cada mil pessoas de 20 anos ou mais) desde o início da série histórica das Estatísticas do Registro Civil, em 1984, um

A família, também, era heteroparental. Não se falava em famílias com pessoas do mesmo sexo. Nessa toada, todo filho era biológico. O filho adotivo não era contemplado com os mesmos direitos do filho de origem biológica. Não se cogitava, portanto, a ideia de filhos socioafetivos. O casamento servia para legitimar as relações sexuais. Um homem casado, até 1949, não podia reconhecer um filho fora do casamento. Como não existiam técnicas de reprodução assistida, toda reprodução era decorrente de relação sexual, que, por sua vez, era legitimada pelo casamento. Indubitavelmente, a família era centrada no casamento.

O código de 2002, seguindo a trilha da Constituição Federal de 1988, em seus artigos 226<sup>11</sup> e 227<sup>12</sup>, trouxe a família plural, que passou a se constituir também pela união

---

acréscimo de 36,8% no número de divórcios em relação a 2009. Por outro lado, a taxa geral de separação teve queda significativa, chegando a 0,5‰ (0,5 separações para cada mil pessoas de 20 anos ou mais), o menor índice da série. As Estatísticas do Registro Civil 2010 mostram também que cresceu o compartilhamento da guarda dos filhos menores entre os cônjuges divorciados, que passou de 2,7% em 2000 para 5,5% em 2010. Em Salvador, quase metade deles ficaram sob a guarda de ambos os pais. Constatou-se um crescimento proporcional das dissoluções cujos casais não tinham filhos, passando de 30,0% em 2000 para 40,3%, em 2010. Por outro lado, houve um incremento de 4,5% no número de casamentos em relação a 2009. Já os recasamentos (casamentos em que pelo menos um dos cônjuges era divorciado ou viúvo) totalizaram 18,3% das uniões, 11,7% a mais que em 2000. (Fonte IBGE) Essa mudança paradigmática se deu em virtude da promulgação da EC 66/2010, que instituiu o divórcio direto e reafirmou a responsabilidade como marco fundamental para os cidadãos por suas escolhas amorosas. A responsabilidade veio complementar uma gama de valores e condutas no sentido ético da palavra, perfazendo a complementação da psicanálise para que possamos refletir sobre as nossas escolhas e nos responsabilizarmos por elas” (PEREIRA, 2012, p. 22-26).

<sup>11</sup> CC, Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

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

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

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

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

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

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

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

<sup>12</sup> CC, Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

estável, de forma monoparental, dentre outras. A família passou a ser democrática, onde homens e mulheres passaram a ser iguais. Essa igualdade deve ser concebida no sentido de igualdade substancial, e não apenas formal.

A pluralidade das famílias passou a autorizar, além da hétero, a homoparentalidade, independentemente de ser homoafetiva (por exemplo, uma família homoparental formada por uma mãe solteira e uma filha). E, finalmente, essa família, além de biológica, passou a ser socioafetiva. A própria adoção evidencia esse aspecto afetivo. O conceito de família, portanto, vai sendo enriquecido com a introdução de novos valores. Um marco histórico para a evolução e compreensão de que as relações homossexuais podem constituir família como qualquer outra foi o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, da ADI 4.277 e da ADPF 132, cujo relator o Ministro Ayres Britto, seguido por unanimidade, assim se posicionou:

[...] A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária,

---

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º 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.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

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 CF de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do STF 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 (STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 05.05-2011, DJe de 14.10.2011).

Nesse ínterim, caminha-se, portanto, no sentido da denominada despatrimonialização do direito das famílias. Gustavo Tepedino (2008, p. 52), nessa linha de raciocínio, também realça como novo fundamento da República de um Estado Democrático de Direito o respeito à dignidade da pessoa humana e define outra tábua de valores na disciplina familiar, tangente, é certo, aos primados da equalização do homem e da mulher, dentro e fora do casamento; a pluralização das entidades familiares e sua proteção estatal, sem descurar da igualdade dos direitos destinados aos filhos. Dessa sorte, por princípio de Direito, importa ao legislador buscar a proteção dos fins sociais da lei e as exigências do bem comum, como especificado no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, para chegar à matriz de um Direito de Família desmaterializado, desvinculado das relações de dependência econômica e sob a auspiciosa égide constitucional de edificação, proteção e elevação sociofamiliar do indivíduo (MADALENO, 2017, p. 42).

Importante destacar que todo esse movimento não desprestigiou o casamento, mas, ao revés, passou a proteger, igualmente, outros modelos familiares. A própria Constituição Federal de 1988, no art. 226, destaca que o papel do estado é o de proteger qualquer espécie de família, trazendo elementos como afeto, ética, dignidade humana e solidariedade como paradigma. Confira-se, abaixo, a ilustração comparativa que revela a transição do modelo clássico ao contemporâneo de família.

<b>A FAMÍLIA CLÁSSICA (CÓDIGO CIVIL DE 1916)</b>	<b>A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA (CF/88 , art. 226 e 227).</b>
--	--

MATRIMONIALIZADA	PLURAL (PLURALIDADE DE ENTIDADES FAMILIARES). Ex: art. 226-união estável, monoparental, etc.
PATRIARCAL E HIERARQUIZADA (PÁTRIO PODER)	DEMOCRÁTICA - AUTORIDADE PARENTAL - IGUALITÁRIA (igualdade substancial: criança e adolescente, idoso, pessoa com deficiência etc ).
Héteroparental	Hétero ou homoparental
Biológica (pai, mãe e sua prole): casamento – sexo-reprodução. Obs: até 1949, no Brasil, era proibido ao homem reconhecer um filho fora do casamento. <b><u>Lei nº 883/49 – Consentimento da esposa.</u></b>	Biológica ou socioafetiva. Ex: adoção; afeto.
Reprodução exclusivamente biológica	Reprodução assistida.

Fonte: Tabela elaborada pelo autor.

### 2.3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Os princípios jurídicos constituem espécie de norma jurídica de alta densidade valorativa, de conteúdo ético. Nesse sentido, diferenciam-se das chamadas normas-regra, normas jurídicas que prescrevem comportamentos objetivos. Numa estrutura normativa fechada, seguindo a lógica antecedente-consequente, vale dizer que, dado “a”, dever ser “b”. Verifica-se, por exemplo, na estrutura da norma-regra, que, dado ilícito x, deve ser aplicada uma sanção ”y”. Trata-se, portanto, de norma jurídica que prevê, claramente, um mandamento comportamental específico. Nesse sentido, elucida Alexy (2017, p. 90):

Princípios são, por conseguinte, mandados de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Numa relação jurídica, portanto, os princípios constituem um verdadeiro farol, pois apontam valores, diretrizes que vêm nortear determinados fenômenos jurídicos, além de, casuisticamente, inspirarem a prescrição de condutas adequadas aos valores

socioculturais legitimados na ordem jurídica. Diante desse cenário, pode-se afirmar que norma jurídica é gênero do qual ressaem duas espécies (regra e princípio):

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2012, p. 85).

O Código Civil de 2002, por exemplo, consoante sua exposição de motivos, possui três paradigmas ou normas-princípio que se espraiam por todo o Código, inclusive nas relações de família: operabilidade, eticidade e socialidade. Socialidade significa que os direitos individuais devem ser legitimados numa perspectiva coletiva; funcional. Traz a noção de que a exacerbação dos direitos individuais, de forma egoística, conduz a uma ideia de abuso. Não é por outra razão que o Código Civil de 2002, em seu art. 187<sup>13</sup>, inaugurou o preceito de ilicitude por abuso do direito ou desvio de finalidade.

O fundamento da eticidade consiste em priorizar a equidade, a boa-fé, a justa causa e demais critérios éticos nas relações privadas. A eticidade traz a noção de que as expectativas criadas nas relações devem ser atendidas no espírito de lealdade e em acordo com a confiança despertada. Assim, confere maior poder ao juiz para encontrar a solução mais justa ou equitativa no caso concreto, a exemplo do princípio do equilíbrio econômico dos contratos como base ética de todo o direito obrigacional (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

A ideia de operabilidade reforça a noção de que o direito é feito para ser efetivado, executado. Encontra-se implicitamente ligada ao princípio da concretude. Para tanto,

---

<sup>13</sup> CC, Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

não se deve normatizar em abstrato, mas, tanto quanto possível, buscar a maior resolutividade e equilíbrio nas relações jurídicas.

Além dessas diretrizes, o Direito de Família é inspirado, especialmente, pelos seguintes princípios:

### 2.3.1 Princípio da Igualdade de Direitos e Deveres entre os Cônjuges

Disciplinado no artigo 226, § 5<sup>o</sup><sup>14</sup> da Constituição Federal de 1988, os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. O princípio da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges dispõe que o casal deve exercer os mesmos direitos e deveres provenientes da paternidade responsável, não podendo se abster de nenhum deles. Dessa forma, não se tem mais a figura patriarcal, o marido, incumbindo aos pais, conjuntamente, o exercício dos direitos e deveres disciplinados no artigo 1.634, incisos I ao IX do Código Civil de 2002<sup>15</sup>.

Nessa ordem de ideias, adverte Rolf Madaleno (2017, p. 47):

Contudo, ainda que a evolução do moderno Direito acenasse caminhar para a igualdade das pessoas, a organização social e jurídica da família ainda conserva rasgos do antigo modelo patriarcal<sup>18</sup> e uma estrutura das relações familiares que, longe de ser uma coordenação entre sujeitos iguais, é de indisfarçável subordinação entre sujeitos hierarquicamente ordenados. Trata-

<sup>14</sup> CF, Art. 226, § 5<sup>o</sup> Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

<sup>15</sup> CC, Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - 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;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.



se, a seu turno, da estarrecedora advertência feita por Sérgio Gischkow Pereira quando evoca os deploráveis dados sociológicos das estatísticas nacionais denunciando que: 'A maior parte das mulheres brasileiras ainda vive em estado de subordinação aos maridos e não apresenta condições mínimas de conhecimento e de flexibilização negocial e segue sendo confinada no seu serviço doméstico, sendo agredida moral e fisicamente por seus maridos.

Prova mais evidente dessa desmedida violência doméstica pode ser encontrada na promulgação da Lei de combate à violência contra a mulher, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), editada 18 anos após o surgimento da Carta Política de 1988.

### **2.3.2 Princípio da Paternidade Responsável e do Planejamento Familiar**

Os direitos e deveres parentais estão disciplinados pelo princípio da paternidade responsável. Esse princípio objetiva que os pais conduzam a paternidade de forma responsável, sempre priorizando o bem-estar físico e psíquico dos filhos, devendo garantir a plena igualdade entre eles, sendo vedado qualquer tipo de discriminação.

Por outro lado, o princípio do planejamento familiar tutela a livre decisão do casal, de modo a evitar que pessoas constituam famílias sem condições de sustento. Sendo assim, todo casal deve ter em mente a quantidade de filhos que pretende ter e se possui condições financeiras e psicológicas para cumprir com as responsabilidades de sustento, moradia, educação, dentre outros. Encontra-se disciplinado no artigo 226, § 7º da CF/88:

Artigo 227, §7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

O artigo 1.565, parágrafo 2º do Código Civil, também dispõe que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, sendo vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

### 2.3.3 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente encontra-se disciplinado no art. 227 da Constituição Federal de 1988, que estabelece:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

Nesse sentido, o art. 4.º, *caput* e parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece que:

Art. 4.º 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.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem como objetivo proporcionar as melhores condições de vida à criança e ao adolescente, devendo assegurar os seus direitos, bem como a proteção ao seu desenvolvimento e sua dignidade.

### 2.3.4 Princípio da Pluralidade das Entidades Familiares

O princípio da pluralidade das entidades familiares defende a tese de que os novos contornos sociais de constituição familiar devem ser reconhecidos e receber a efetiva proteção jurídica do Estado, sem qualquer repressão do modelo adotado, seja a família natural advinda do casamento, a monoparental, a homoafetiva, entre outros núcleos. Assim, pontua Rolf Madaleno (2017, p. 94):

O dilema judicial ficava entre os limites constitucionais e a realidade axiológica, reconhecendo a Carta Federal três entidades familiares (casamento, união estável e a família monoparental) e admitindo muitos tribunais o pluralismo dessas entidades familiares que se compõem a partir do elo de afeto, não mais sendo admissível, depois do pronunciamento histórico do STF com o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277, deslocar uniões homoafetivas para o direito obrigacional e sob qualquer prisma negar a possibilidade da união estável homoafetiva, não obstante o avanço percebido com o reconhecimento da licitude do casamento civil homoafetivo.

De fato, não se poderia fechar os olhos para a existência de entidades familiares homoafetivas, pessoas (eventualmente de um mesmo gênero sexual) que se unem ao redor de objetivos comuns, que dedicam amor recíproco e almejam a felicidade, como qualquer outro grupamento heteroafetivo, impondo-se tutelar, juridicamente, tais grupos familiares (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 116).

Ademais, não existem motivos jurídicos fundamentais para o impedimento de tal reconhecimento. Sendo assim, todos os direitos e deveres do direito de família, bem como todos os campos da área cível, devem ser aplicados a qualquer grupo familiar.

## **2.4 A RACIONALIZAÇÃO DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO DIREITO DAS FAMÍLIAS**

Historicamente, por influência moral, notadamente religiosa, tinha-se como premissa básica que o Direito de família era indisponível. Nesse sentido, é importante pontuar que o direito de família possui características próprias que servem para distingui-lo dos demais ramos da civilística. Entrementes, afasta-se da tentativa de inseri-lo na estrutura do direito público. De mais a mais, apesar de inserido topologicamente no Direito Civil, o direito das famílias sofre limitações e interseções de ordem pública. Se não, vejamos (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 52, grifo nosso):

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

*autonomia privada* (princípio norteador do Direito civil como um todo), embora não integralmente.

Com a valorização da autonomia privada, esse panorama muda, pois a natural valorização dessa autonomia reduz a intervenção do estado. Esse conhecido fenômeno é comumente denominado como intervenção mínima do estado. Assim, nessa ordem de ideias, deve-se valorizar ao máximo a vontade das partes. Alguns exemplos recentes são muito claros em relação a essa intervenção mínima do estado. Com a Emenda Constitucional n.º 66/10, não existe mais prazo nem debate sobre causa da dissolução da união conjugal, submetendo-se estritamente à vontade das partes. Outro exemplo é o art. 1639, § 2º do Código Civil<sup>16</sup>, que retrata a possibilidade da mudança do regime de bens do casamento durante a sua constância. Em arremate, a possibilidade de divórcio e inventário em cartório, disciplinada no art. 731 do Código de Processo Civil de 2015<sup>17</sup>, desde que não haja interesse de incapaz (salientando que dispensam intervenção do Ministério Público (MP) e homologação do juiz).

Há, portanto, uma racionalização da intervenção do estado nas relações privadas, inclusive familiares. Nesse cenário, o Direito de Família contemporâneo acumulou méritos de se ver constantemente renovado. Venceu a barreira da família codificada (assumindo um compromisso com a democracia no interior da família), o patriarcalismo e a discriminação entre os filhos; alterou a natureza jurídica da família (deixou de ser instituição jurídica de interesse público, formal e absolutivizada para contemplar a realização da personalidade humana no seio familiar); exterminou a indissolubilidade e a rigidez do vínculo conjugal; e consagrou o princípio da afetividade e da liberdade da constituição familiar (TEXEIRA; RODRIGUES, 2010).

Por outro lado, existem situações em que é justificável a intervenção do estado, que atua para proteger direitos fundamentais: na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006),

---

<sup>16</sup> CC, Art. 1.639, § 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

<sup>17</sup> CPC, Art. 731. A homologação do divórcio ou da separação consensuais, observados os requisitos legais, poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão:

I - as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns;

II - as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges;

III - o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e

IV - o valor da contribuição para criar e educar os filhos.

por exemplo, em caso de violência no âmbito familiar. Outro exemplo é a legitimidade do Ministério Público para propor ação de investigação de paternidade (Lei nº 8.560/92). Por outro lado, na Lei nº 5478/68, art. 4º, existe a possibilidade de alimentos serem concedidos *ex-offício*, independente de requerimento da parte. São situações que, cotidianamente, em razão dos direitos fundamentais envolvidos, há uma justificativa ideológica para a intervenção do estado.

#### **2.4.1 Incidência dos Direitos e Garantias Fundamentais no Direito de Família**

Trata-se do movimento, consagrado pela jurisprudência superior, de eficácia horizontal de direito e garantias fundamentais (STF, RE 201.819/RJ). Segundo o entendimento do Supremo, os direitos fundamentais possuem eficácia horizontal, estabelecendo parâmetros nas relações privadas como um todo. Um clássico exemplo desse movimento, no Direito de Família, é o reconhecimento da possibilidade de união estável homoafetiva – STF, ADIn 4277/DF.

Trata-se da irradiação das normas fundamentais, de forma a serem aplicadas, diretamente, nas relações privadas marcadas pela horizontalidade dos entes envolvidos, diferentemente do tradicional efeito vertical, característico das garantias que tocam as relações de direito público.

Nesse desiderato, percebe-se que o Direito constitucional, após a Constituição de 1988, afastou-se de um caráter neutro e indiferente socialmente, deixando de cuidar apenas da organização política do estado para avizinhar-se das necessidades reais, concretas, nesse ponto (nos arts. 226 e 227 da Carta Magna), com especial destaque à organização da família (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

#### **2.4.2 Controvérsias no Âmbito do Direito das Famílias: Conflitos Ético-Morais**

É indubitoso que o Direito das famílias constitui ramo do direito que, em sua ontologia, abriga conflitos que, no final das contas, resultam da dificuldade em se estabelecer o campo de incidência dos valores morais, portanto, pessoais, assinalados pela

autonomia privada, em contraposição com a imperiosa intervenção estatal, por força dos valores fundamentais e existenciais (éticos) envolvidos nas relações familiares.

Ao lado disso, em face da profunda irradiação de normas-princípio, especialmente no plano constitucional, verifica-se que constantemente faz-se necessária a ponderação de interesse como forma de adequar os fatos sociais aos ditames e valores legitimados na ordem jurídica civil-constitucional-familiarista. Quando o conflito não é facilmente superado pela subsunção da norma ao fato, a ponderação de interesses é apontada, conforme preleciona Luís Roberto Barroso (2014, p. 334-335):

Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas [separando-as, no nosso caso, dos valores meramente morais] relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas... A existência dessa espécie de conflito-insuperável pela subsunção [típico das relações familiares] – é o ambiente próprio para a ponderação... Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos... Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência. Até aqui, na verdade, nada foi solucionado, nem sequer há maior novidade. Identificação de normas aplicáveis e compreensão dos fatos relevantes fazem parte de todo e qualquer processo interpretativo, sejam casos fáceis, sejam difíceis. É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. Pois bem, nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade.

Vejamos algumas situações de relações familiaristas em que tais conflitos, além de normativos, são, também, ético-morais. Por conseguinte, possuem como pano de fundo as controvérsias acerca da delimitação do alcance da ética e da moral, distinções conceituais e práticas suscitadas no presente trabalho, frequentemente superadas pela ponderação de valores:

- i. A questão das uniões homoafetivas e os seus múltiplos efeitos jurídicos (STF, ADIn 4277/DF, STJ, REsp. 1.183.378/RS);
- ii. O concubinato e a união estável putativa (STF, RE 397.762/BA e STJ, REsp. 684.407/RS);

- iii. O CPC de 2015 e a repriminção da separação (NCPC 693 e 731);
- iv. A questão da responsabilização civil do amante – STJ, REsp. 922.462/SP;
- v. Responsabilidade civil por abandono afetivo Resp. nº 1.159.242 – SP; etc.

Nessa linha de raciocínio, evidencia-se que o direito de família, paradoxalmente, tutela valores fundamentais e existenciais que desaguam na noção de ordem pública; ao tempo em que, na contemporaneidade, acresce o campo da autonomia privada nas relações familiares.

Nesse cenário, percebe-se que o estado-juiz deve tutelar e fundamentar padrões de comportamentos éticos, universais, racionalizados, sendo certo que vicejem nas relações de família valores morais que, não raro, inspirados no direito canônico, obscurecem o campo da razão, formando uma verdadeira zona cinzenta que perpassa entre a noção de ética e moral, foro íntimo e norma jurídica, autonomia privada e interferência estatal (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

Dessa forma, percebe-se que, frequentemente, a subsunção das normas de direito de família resultam insuficientes para resolver conflitos hodiernos que, na verdade, possuem como pano de fundo as discrepâncias e interferências mútuas, de difícil delimitação, entre a influência da ética e da moral nas relações familiares.

Assim, através da adequada compreensão e abrangência dos conceitos de ética e moral, da técnica de ponderação de valores na aplicação das normas jurídicas, bem como da necessária proteção dos direitos e garantias fundamentais nas relações familiares, pode-se chegar a uma visão mais consentânea, na perspectiva civil-constitucional, acerca das atuais controvérsias tão palpitantes e presentes na seara do Direito de Família.

## 2.5 A DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Dentre as diretrizes fundamentais no novo diploma processual civil, destaca-se, sem sombra de dúvidas, o estímulo a desjudicialização e a solução consensual dos conflitos (art. 3º, §2º<sup>18</sup>). Nesse sentido, o citado código prevê que os métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por todos os atores processuais, inclusive quando houver demanda em trâmite (art. 3º, §3º<sup>19</sup>).

No que toca às ações de família, o estímulo às soluções consensuais ganha contornos especiais, conforme evidencia a cabeça do art. 695 do Código de Processo Civil de 2015: "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".

Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, p. 1.099), destaca que:

No procedimento comum, a audiência de conciliação e mediação pode não ocorrer quando ambas as partes se opuserem à sua realização. Nas ações de família, entretanto, o silêncio do art. 695 do Novo CPC permite a conclusão de que nessas ações a audiência é obrigatória, independentemente da vontade das partes.

Essa mudança de paradigma, evidentemente, requer um esforço no sentido de implantar um novo "ethos" social no que toca à forma de solucionar conflitos, vencer o misoneísmo<sup>20</sup> típico de inovações legislativas desse porte, o que requer investimentos, públicos e particulares, em estrutura e recursos humanos. Aos poucos, os tribunais estão se adaptando a essa realidade.

Nesse desiderato, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF), em setembro de 2016, publicou 87 enunciados aprovados na I Jornada sobre Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios. Na mesma linha das já consagradas

---

<sup>18</sup> CPC, Art. 3º, § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

<sup>19</sup> CPC, Art. 3º, § 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.

<sup>20</sup> Misoneísmo, como se sabe, é aversão sistemática às inovações ou transformações do *status quo*, o que, em nosso país, constitui, na realidade, uma forte causa da ineficácia da lei. Velhos hábitos, costumes emperrados, privilégios de grupos, impedem que a lei seja aplicada ou mesmo elaborada. Às vezes, porque há grandes interesses políticos, econômicos ou religiosos em jogo; outras vezes, por mero comodismo da autoridade que não levou a sério a aplicação da lei. Por mais estranho que possa parecer, costuma-se, entre nós, dizer que a lei não pegou (CAVALIERI FILHO, 2015).



jornadas de direito civil, o evento aconteceu em Brasília e seu objetivo foi o debate de propostas sobre o tema desjudicialização de conflitos, à luz do CPC de 2015 e da Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação).

Um dos temas centrais, sem sombra de dúvidas, é exatamente a mediação, sendo que o enunciado n.º 2 da jornada já tratou diretamente sobre tema: “A mediação é método de tratamento adequado de controvérsias que deve ser incentivada pelo Estado, com ativa participação da sociedade, como forma de acesso à Justiça e à ordem jurídica justa.”

O referido enunciado interage de forma harmônica com a proposta das normas constantes nos parágrafos do já citado art. 3º do Código de Processo Civil. Entretanto, não são poucos os obstáculos a serem vencidos. Como pontuado alhures, é necessário investimento do estado e da sociedade, mas, também, uma mudança cultural. Nessa seara, é necessário substituir a cultura do contencioso pela cultura da pacificação social por meio da negociação e do diálogo.

No mesmo direcionamento, várias propostas foram consagradas nos enunciados da I Jornada sobre Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, como, por exemplo, o enunciado n.º 23:

Enunciado n.º 23 - Recomenda-se que as faculdades de direito mantenham estágios supervisionados nos escritórios de prática jurídica para formação em mediação e conciliação e promovam parcerias com entidades formadoras de conciliadores e mediadores, inclusive tribunais, Ministério Público, OAB, defensoria e advocacia pública.

Na sequência, o enunciado n.º 24 complementa:

Enunciado n.º 24 - Sugere-se que as faculdades de direito instituem disciplinas autônomas e obrigatórias e projetos de extensão destinados à mediação, à conciliação e à arbitragem, nos termos dos arts. 2º, § 1º, VIII, e 8º, ambos da Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004.

Na mesma linha, o enunciado 28 arremata:

Enunciado n.º 28 - Propõe-se a implementação da cultura de resolução de conflitos por meio da mediação, como política pública, nos diversos segmentos do sistema educacional, visando auxiliar na resolução

extrajudicial de conflitos de qualquer natureza, utilizando mediadores externos ou capacitando alunos e professores para atuarem como facilitadores de diálogo na resolução e prevenção dos conflitos surgidos nesses ambientes.

Portanto, é evidente que, além do poder público, as instituições privadas, especialmente as instituições de ensino superior, precisam investir nessa proposta. No que toca à mediação, percebe-se, claramente, que do ponto de vista social, trata-se de um método de real pacificação social, pois propõe-se que o litígio seja dissolvido na causa, por meio do diálogo e de técnicas de negociação, gerando o empoderamento dos envolvidos, inclusive para a autocomposição de eventuais conflitos futuros de mesma natureza ou semelhantes.

Nesse sentido, o citado método consensual, verdadeiramente, pacifica. No caso da heterocomposição, por exemplo, na jurisdição estatal, pode-se afirmar que a pacificação, de certo modo, é precária, pois, via de regra, a decisão judicial implica na imposição de uma solução para o conflito que não necessariamente pacifica, no sentido mais vertical do termo, o litígio.

Outra questão emblemática e interessante, que se relaciona com as ações de família, notadamente em questões que envolvam a guarda de filhos, é a do enunciado nº 26 da Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos:

Enunciado n.º 26 – É admissível, no procedimento de mediação, em casos de fundamentada necessidade, a participação de crianças, adolescentes e jovens – respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão – quando o conflito (ou parte dele) estiver relacionado aos seus interesses ou direitos.

Tal enunciado, claramente, harmoniza-se com o art. 227 da constituição federal, que garante à criança e ao adolescente, com prioridade absoluta, liberdade de expressão e de opinião, o que se aplica aos procedimentos de resolução de conflitos.

Outra questão relevante sobre o tema em foco remete à qualificação e capacitação dos mediadores extrajudiciais. Nesse sentido, o enunciado n.º 47 da jornada dispõe:

Enunciado n.º 47 – A menção à capacitação do mediador extrajudicial, prevista no art. 9º da Lei n. 13.140/2015, indica que ele deve ter experiência, vocação, confiança dos envolvidos e aptidão para mediar, bem como

conhecimento dos fundamentos da mediação, não bastando formação em outras áreas do saber que guardem relação com o mérito do conflito.

Dessa forma, é importante frisar que não é obrigatória a vinculação à formação oferecida pelo Conselho Nacional de Justiça, muito embora seja extremamente salutar.

### 3 MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO E SUAS NUANCES

O conflito pode ser entendido comumente como uma espécie de crise na interação social humana, que pode ser cristalizado na forma de luta moral ou física. Na lição de Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 140-141), o conflito pode ser definido como:

[...] a situação existente entre duas ou mais pessoas ou grupos, caracterizado pela pretensão a um bem ou situação da vida e impossibilidade de obtê-lo; todavia, transcendendo a noção de lide, o conflito pode ser considerado de forma mais ampla. As relações interpessoais são marcadas por insatisfações ('estados psíquicos decorrentes da carência de um bem desejado'); o conflito seria a 'situação objetiva caracterizada por uma aspiração e seu estado de não satisfação, independentemente de haver ou não interesses contrapostos'.

Por existirem nomenclaturas diversas para esse fenômeno social, a expressão “conflito” é comumente usada como sinônimo de “controvérsia”, “disputa”, “lide” e “litígio”. A Lei que versa sobre Mediação no ordenamento jurídico pátrio (Lei nº 13.140/2015) utiliza as expressões “conflito” e “controvérsia” como sinônimos: o art. 1º aponta que a lei versa sobre “meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”. O mesmo se verifica no CPC (Lei nº 13.105/2015), como é o caso, por exemplo, do art. 3º, §2.<sup>21</sup>, assim como do art. 694<sup>22</sup>.

Antes, propriamente, de dissertar sobre o tema objeto deste capítulo, faz-se necessário trazer a lume alguns pontos introdutórios no que toca o acesso à justiça e sua relação com os métodos consensuais de solução de conflito.

#### 3.1 ACESSO À JUSTIÇA: HISTÓRICO E SUA APLICAÇÃO NOS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A justiça é um tema muito debatido entre juristas, filósofos, teólogos, sociólogos e políticos. A noção de justiça, porém, possui diversos sentidos, sendo que, a um só tempo, pode ser definida como um conceito plurívoco e mutável. Como destaca Rudolf

<sup>21</sup> CPC, Art. 3º, §2º: o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

<sup>22</sup> CPC, 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.

von Ihering (2001, p.52), as situações peculiares da vida e das instituições de cada povo determinam as reações do sentimento de justiça dos Estados e das pessoas. Por essa razão, cada indivíduo concebe a justiça de acordo com seus próprios parâmetros e convicções mais íntimas, por certo carregadas de forte coloração afetiva e grande ressonância emotiva. Daí o adágio de que “a justiça total não é deste mundo”.

Nos séculos XVIII e XIX, o direito ao acesso à proteção judicial associava-se, em essência, ao direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma demanda. Porém, tal conceito evoluiu, sendo importante distinguir justiça e jurisdição, atentando-se que

[...] a justiça é um ideal de equidade e de razão, é um sentimento, uma virtude, um valor. A jurisdição é uma das funções da soberania do Estado, consistente no poder de atuar o Direito objetivo, compondo os conflitos de interesse, resguardando a ordem social (BARBOSA, 2003, p. 52).

Dessa forma, a realização da justiça pode ser operada pela autotutela (nos limites em que é permitida), bem como por força da autocomposição (quando as partes resolvem o impasse consensualmente), podendo ocorrer, também, pela imposição da decisão por um terceiro, tenha este sido eleito pelas partes (o árbitro) ou escolhido pelo Estado (o magistrado). No processo democrático, sem sombra de dúvidas, o acesso à justiça desempenha um relevante papel ao permitir o cidadão a proteger seus interesses e possibilitar à sociedade a composição pacífica de conflitos.

Nesse sentido, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (2007, p. 57) destaca que os princípios que informam o acesso à justiça são: acessibilidade (com a existência de pessoas capazes e sem óbices financeiros para efetivar seus direitos); operosidade (dos protagonistas da administração da justiça, com atuação ética e utilização técnica dos instrumentos processuais adequados); utilidade (mediante atribuição ao vencedor de tudo o que ele tem direito de receber); proporcionalidade (com escolha do interesse mais valioso, em harmonização com os princípios e os fins informadores do respectivo ramo do Direito).

Historicamente, a ideia de acesso à justiça ganhou força na década de setenta do último século, num contexto de promoção do denominado *Estado do bem-estar social*,

bem como da necessidade, própria daquele contexto, de buscar a eficácia dos novos direitos, conquistados na década anterior, pelas minorias. No Brasil, todavia, naquele momento, o foco dos problemas sociojurídicos residia, ainda, na busca por expandir de forma ampla para a população os direitos básicos. No ordenamento pátrio, portanto, diferentemente do que ocorria em outros países, não havia, ainda, ocorrido o despertar para a busca de métodos de solução de conflitos mais simplificados como forma de garantir o acesso à justiça e a eficácia dos denominados *novos direitos* (TARTUCE, 2016).

Eliane Botelho Junqueira (1996, p. 3) pontua que esse tema despontou no cenário jurídico na década de oitenta do último século, por força de um movimento social de abertura política, que se iniciou no final da década de setenta, com as manifestações grevistas e movimentos de reorganização da sociedade civil na luta por direitos coletivos e difusos:

[...] o caso brasileiro não acompanha o processo analisado por Cappelletti e Garth a partir da metáfora das três “ondas” do “access-to-justice movement”. Ainda que durante os anos 80 o Brasil, tanto em termos da produção acadêmica como em termos das mudanças jurídicas, também participe da discussão sobre direitos coletivos e sobre a informalização das agências de resolução de conflitos, aqui estas discussões são provocadas não pela crise do Estado de bem-estar social, como acontecia então nos países centrais, mas sim pela exclusão da grande maioria da população de direitos básicos, entre os quais o direito à moradia e à saúde.

Nessa ordem de ideias, destacou-se a necessidade de conceber vários meios de composição de conflitos, considerando a ideias de que a mediação e outros mecanismos de interferência apaziguadora são os métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos. Não se deve, por óbvio, atribuir a tais mecanismos a única e definitiva resposta para resolver o quadro preocupante na distribuição da justiça. Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1998, p. 68), a solução para a questão do acesso à justiça, notadamente, há de ser plural, resultando da combinação de várias soluções integráveis entre si.

Nesse cenário, pontua Cassio Scarpinella Bueno (2012, p.448), as então denominadas ondas de acesso à justiça, mencionadas originariamente por Cappelletti e Garth:

[...] não sucedem, diferentemente do que se dá com as ondas do mar, umas às outras. Elas não vão sozinhas ter com a areia da praia e lá desaparecer. Elas convivem umas com as outras, relacionam-se umas com as outras, dependem umas das outras, avançam e se desenvolvem sempre juntas em direção a uma praia. Elas coexistem e interagem. E não há nada de errado, partindo do raciocínio do saudoso processualista, em que novas “ondas” de acesso à justiça possam ser identificadas e sistematizadas para melhor atender a novas necessidades da sociedade

A doutrina supramencionada divide em três fases o que seria o processo de formação do Estado Democrático de Direito na Modernidade. São as chamadas *três ondas de acesso à justiça*. Na primeira onda, percebe-se que há um movimento no sentido de garantir a assistência judiciária gratuita. O serviço judiciário, tradicionalmente, por óbvio, é oneroso em regra, o que impossibilitava a população com baixa penetração econômica de propor suas demandas em face do judiciário. Assim, nesse primeiro momento, houve um impulso inicial no sentido de garantir que todos, independentemente de sua condição financeira, pudessem ter seus pleitos apreciados pelo estado-juiz (TARTUCE, 2016).

Ressalte-se, contudo, que no cenário jurídico brasileiro, desde 1950, com a Lei nº 1.060/50, permitiu-se aos hipossuficientes o acesso ao judiciário, nesse caso, isentando-os das custas processuais, possibilitando a busca por seus interesses em juízo. Na sequência, órgãos como a defensoria pública e os escritórios de núcleos de prática jurídica, mantidos por instituições de ensino superior, antes embrionários, foram institucionalizados, permitindo a defesa dos interesses dos hipossuficientes econômicos, em juízo ou fora dele, de forma gratuita e técnica, de maneira a assegurar o que a carta magna, em seu art. 5º, XXXV e LXXIV, passou a garantir como o acesso gratuito à justiça e a prestação de assistência jurídica gratuita e integral (TARTUCE, 2016).

Nessa toada, diz-se que, diante do exposto, o ordenamento jurídico pátrio, pelo menos do ponto de vista formal, integrou as transformações trazidas pela citada primeira onda. Contudo, na prática, as coisas não funcionam exatamente como previsto, conforme pontua Walsir Edson Rodrigues Júnior (2007, p. 30):

Com a Defensoria Pública mal aparelhada e a baixa remuneração dos poucos defensores públicos existentes, o acesso à assistência jurídica e integral torna-se limitado. Além disso, a justiça gratuita existe, mas é tardia (a realização de um exame de DNA custeado pelo Estado de Minas Gerais pode

demorar até três anos). São muitos os problemas enfrentados no atendimento jurídico gratuito.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a chamada *segunda onda* surgiu por conta da deficiência do sistema processual no que toca à tutela de interesses difusos e coletivos. Por óbvio, tais interesses não poderiam ser tutelados, adequadamente, por meio das mesmas ferramentas que conservam os direitos individuais (RODRIGUES JÚNIOR, 2007).

A então denominada terceira onda, por sua vez, preocupa-se em buscar um novo foco à ideia de acesso à justiça, por meio de novas técnicas de solução de conflitos diferenciadas, dentre as quais se destacam os métodos extrajudiciais e consensuais. Sobre o tema em comento, Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 68, grifo nosso) discorre:

Não se pense que a luta aqui é por uma total e extrema extinção das formas processuais. O processo judicial é formal, e tem de ser, sob pena de se perderem todas as garantias por que as formas processuais são responsáveis. **O movimento pela “deformalização das controvérsias” não luta contra a forma, mas contra o formalismo, ou seja, contra a extrema deturpação das formas. O exagero formalista é que deve ser abandonado.** [...] no Direito Processual o vício de forma é irrelevante quando o ato processual consegue, ainda assim, atingir o fim a que se destina. Este princípio nos permite fazer uma afirmação que bem poderia ser um lema do estudo dos atos processuais: **no processo, mais vale o conteúdo de um ato do que a sua forma.**

O Sistema Jurídico Brasileiro também é vanguardista nessa seara, sendo certo que, neste ponto, houve uma clara mudança de paradigma no campo processual, conforme preceituam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2014, p. 74, grifo nosso):

A primeira característica dessas vertentes alternativas é a **ruptura com o formalismo processual. A desformalização** é uma tendência, quando se trata de dar pronta solução aos litígios, constituindo fator de **celeridade**. Depois, dada a preocupação social de levar a justiça a todos, também a **gratuidade** constitui característica marcante dessa tendência. Os meios informais gratuitos (ou pelo menos baratos) são obviamente mais acessíveis a todos e mais céleres, cumprindo melhor a função pacificadora.

Resta evidente que a terceira onda do acesso à justiça é a vivenciada no momento presente. Nesse sentido, busca-se vencer os graves problemas do judiciário, muitos ligados à administração da justiça, como é o caso do excesso exorbitante de demandas; morosidade; custos, etc., que evidenciam a grave crise do judiciário



brasileiro. Assim, como consequência natural deste processo, há uma busca por instrumentos mais eficazes e mais céleres de solução dos conflitos, como forma de desobstruir as vias do judiciário, assim como de promover o bem-estar social, no que toca à prestação jurisdicional.

Os métodos consensuais de resolução de conflitos, nesse cenário, emparelham-se ao processo judicial, como uma via que objetiva descongestionar os tribunais, bem como diminuir a morosidade e os custos dos procedimentos. Além da celeridade e da economia, os métodos consensuais, que também podem ser coletivos, combatem a exclusão social, pois são mais acessíveis do ponto de vista prático, uma vez que são menos custosos e os procedimentos são mais simplificados. Por conseguinte, tais instrumentos coadunam com os objetivos fundamentais da república, uma vez que permitem a inclusão social, como também o exercício da cidadania.

Em países com acentuada desigualdade, como é o caso do Brasil, muitos dos direitos mais básicos, como saúde, educação, moradia, etc., não são efetivados. Por essa razão, há uma premente necessidade de se garantir o acesso à justiça, não apenas no sentido formal, mas de forma efetiva, como parte do processo de democratização do acesso aos direitos previstos na ordem jurídica.

Nessa linha de raciocínio, surgem questionamentos acerca da definição de acesso à justiça. A expressão é polissêmica e traz, portanto, variados sentidos que, com o passar do tempo, foram se reestruturando, por conta da influência de variados fatores de ordem política, bem como por conta da evolução obtida no campo dos direitos humanos. Assim destaca Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1998, p. 8):

[...] a expressão 'acesso à Justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

De mais a mais, a questão do acesso à Justiça, tema hoje muito presente nos debates jurídicos, encampa um verdadeiro movimento de ordem mundial no sentido de promover a acessibilidade democrática, produzindo soluções justas. Nesse sentido, Kazuo Watanabe (1998) reforça que, na verdade, trata-se da necessidade de se

garantir o “*acesso à ordem jurídica justa.*” Sob esse ponto de vista, depreende-se que a titularidade de direitos deve vir acompanhada de um instrumental adequado que viabilize a sua tutela, sendo certo que se os mecanismos para sua efetivação não permitem sua reivindicação e proteção de forma generalizada e democrática, não se assentam aos princípios mais mezinhos do estado democrático de direito.

Por outro lado, cumpre esclarecer que a doutrina tem reservado dois sentidos mais comuns para a ideia de acesso à justiça. O primeiro sentido liga-se à ideia de justiça e Poder Judiciário, tomando o sentido de “acesso ao Poder Judiciário”. O segundo sentido está relacionado com a essência da palavra “justiça”, que em sua ontologia abrange os direitos fundamentais. Com efeito, abarca tanto o direito de demandar em juízo quanto a possibilidade de se buscar a tutela dos seus interesses por meio de métodos de solução de conflitos não jurisdicionais, os quais atendem ao escopo de eliminar os litígios e promover a pacificação social. Observe-se que o segundo sentido supraempregado é mais amplo do que o “direito de ação”. Nas palavras de Lima Filho (2003, p. 294, grifo nosso),

[...] não se pode conceber o entendimento daqueles que insistem em aceitar o acesso à justiça como simples acesso ao Judiciário, pois **em que pese o descomunal volume de processos em andamento em todas as instâncias judiciárias, o que, aliás, demonstra a ausência de uma efetiva prestação jurisdicional, esse fato, por outro lado, revela também a falta de opção do cidadão ou o desprezo pelas vias extrajudiciais, e mais que isso, a ineficácia do sistema em vigor que não consegue entregar, em tempo e condições adequadas, a prestação jurisdicional que o Estado se obrigou**, na medida em que assumiu, quase que monopolisticamente, o encargo de distribuir a justiça que hoje está reduzida ao ingresso em juízo ou a uma decisão depois das partes percorrerem um verdadeiro calvário, e ainda assim, de mera e autônoma aplicação de normas estatais, nem sempre as mais legítimas, sem nenhuma ou quase nenhuma, preocupação com os destinos daqueles que nele confiaram muitas vezes a sua própria vida.

Nesse ponto, é importante evidenciar que a questão em lide não se resume à defesa da extinção do monopólio da jurisdição por parte do estado. A ideia central é evidenciar a urgência da utilização de métodos de solução de conflitos mais dinâmicos e baratos. Esses métodos não jurisdicionais, consagrados na sigla em inglês ADR (*Alternative Dispute Resolution*), ou, ainda, RAD (*Resolución Alternativa de Disputas*), em espanhol, ganham força no Brasil e envolvem tanto os métodos que objetivam facilitar a autocomposição, soluções consensuais, como é o caso da mediação,

conciliação e a negociação, bem como a heterocomposição, como é o caso da arbitragem – em que a solução é aplicada por um terceiro imparcial (TARTUCE, 2016).

Como é de conhecimento comum, o poder judiciário está completamente assoberbado de processos e não possui condições de oferecer soluções rápidas e viáveis do ponto de vista econômico. Nesse cenário, os métodos citados alhures vêm se tornando verdadeiros aliados do poder judiciário, uma vez que podem diminuir consideravelmente o número de processos nos tribunais, o que pode contribuir para melhorar qualidade da prestação jurisdicional e o denominado “acesso à ordem jurídica justa”, já que permitem uma variedade de técnicas e procedimentos objetivando o fim maior da jurisdição, qual seja, a pacificação social. Nessa ordem de ideias, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2014, p. 74) lecionam:

A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um. [...] E hoje, prevalecendo as idéias do Estado social, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a realização da justiça. Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o bem-comum e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a pacificação com justiça.

Ainda sobre a questão em foco, prosseguem os citados autores (2014, p. 76, grifo nosso):

**[...] vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes.** Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista. [...] **Pois tudo toma tempo e o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora.** A permanência de situações indefinidas constitui, como já foi dito, fator de angústia e infelicidade pessoal.

Sem sombra de dúvidas, o acesso à justiça, um dos pilares do estado democrático de direito, está presente em todo ordenamento jurídico igualitário que objetive instaurar

o denominado acesso à ordem jurídica justa, condição *sine qua non* para que a democracia possa ser realizada concretamente.

É imperioso destacar que a noção de justiça consensual, conciliatória ou coexistencial pode ser reconhecida como mais uma contribuição de Mauro Cappelletti (1998) à ciência jurídica: a justiça; e, nessa perspectiva, deve levar em consideração a totalidade da situação em que o episódio contencioso está inserido, sendo seu objetivo curar (e não exasperar) a situação de tensão: devendo a luta pela equidade dar lugar a uma solução justa e aceitável para todos os que contendam.

Nessa linha de raciocínio, a lógica consensual é aplicada em um ambiente onde a pauta é colaborativa: as pessoas se dispõem a dialogar sobre a controvérsia e a abordagem não é centrada apenas no passado, mas inclui o futuro como perspectiva a ser considerada. Por prevalecer a autonomia dos envolvidos, o terceiro facilitador da comunicação não intervém para decidir sobre o mérito, mas para viabilizar o diálogo em prol de resultados produtivos (TARTUCE, 2016, p. 80).

### 3.2 MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A incidência de conflitos tende a se incrementar em virtude da dinâmica das relações interpessoais, cuja variação, em razão da cada vez mais complexa conjuntura social, é intensa nos tempos recentes. Por esse motivo, revela-se necessário conceber um sistema eficiente para o tratamento das controvérsias que potencialmente hão de surgir. Nesse contexto, por muito tempo o conflito foi visto de forma negativa, como algo a ser, desde logo, negado, expurgado e eliminado peremptoriamente (TARTUCE, 2016).

Nessa linha de raciocínio, expõe-se a assertiva de Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 141), que aponta o conflito como fator de desagregação e obstáculo ao fim último do Estado, razão pela qual removê-lo, remediá-lo e sancioná-lo constitui função social de grande relevância.

Muito embora o conflito seja uma disfunção que reclama tratamento especial (para possibilitar a satisfação da necessidade das partes), há quem o entenda “como algo útil e necessário, já que conduz à mudança, à inovação, à modernização e à criatividade, desde que, não suprimido, seja manejado eficientemente” (COLAIÁCOVO, 1999, p. 26).

Sobre os métodos de solução de conflitos, de início, é importante frisar que existem, basicamente, duas modalidades de resolução de disputas: a autocomposição e a heterocomposição. Do ponto de vista jurídico, a doutrina clássica emprega o termo “composição” para associar as possíveis formas de encaminhamento e tratamento de controvérsias, mencionando os termos “autocomposição” e “heterocomposição”. No léxico, a palavra “composição” significa ação de constituir um todo, retratando o modo pelo qual os elementos constituintes do todo se dispõem e integram, configurando uma organização. No sentido jurídico, a palavra composição está sempre relacionada ao litígio (TARTUCE, 2016, p. 14).

Na sequência, observando o conflito entre duas esferas contrapostas de interesses, sua resolução pode se verificar por atitude dos próprios contendores ou mediante a decisão imperativa de um terceiro. Assim, existem três possíveis desembocaduras do litígio, quais sejam, a autodefesa, a autocomposição e o processo. O processo, tal como a arbitragem, constitui modalidade em que o resultado é determinado por um terceiro, razão pela qual se fala em heterocomposição (ou heterotutela). De outro modo, os procedimentos denominados autocompositivos são os que a solução, mesmo quando há auxílio de um terceiro, é determinada pelas partes em litígio, as quais delimitam o teor do acordo celebrado.

Negociação, conciliação e mediação, portanto, são exemplos de autocomposição. Já os denominados métodos heterocompositivos, por sua vez, consistem naqueles em que a resolução é determinada por uma pessoa imparcial, um terceiro não envolvido no conflito: a arbitragem e o Poder Judiciário são exemplos de métodos heterocompositivos, embora haja certa controvérsia sobre a natureza da arbitragem. Assim, serão analisados a seguir os aspectos marcantes, diferenças e semelhanças, existentes entre a mediação de conflitos e esses outros meios extrajudiciais (TARTUCE, 2016).

### 3.2.1 Negociação

A negociação é um método bastante usual, muito comum na vida cotidiana, vez que a todo momento negociamos nossos interesses por meio do diálogo direto com os outros. Isso parte da convivência em sociedade e ocorre, frequentemente, sem interferência de um terceiro. Desta forma, a negociação, não raro, consubstancia-se, na prática, como uma medida prévia às outras formas de solução de conflitos. Quando a negociação não resolve, as partes envolvidas num litígio recorrem a outros métodos, procurando um terceiro imparcial para auxiliá-las (mediação e conciliação) ou para decidir por elas -arbitragem e Judiciário (TARTUCE, 2016).

Importante pontuar que a negociação não se confunde com a autotutela. Na autotutela (ou autodefesa), o indivíduo resolve o conflito por sua própria força, agindo por si próprio, pelo próprio arbítrio para obter uma posição de vantagem em relação à situação desejada. Sua prática, de regra, é malvista por trazer a ideia de violência (SANTOS, 2012, p. 26) e ser uma espécie de resquíio de justiça privada. Nesse sentido, sua utilização sempre foi considerada uma alternativa ante a falta de poder do Estado para definir as querelas, o que ocorreu no Direito romano, anteriormente ao período de *cognitio extra ordinem*; a partir de tal fase, o Estado passou a ditar a solução dos conflitos de interesses (MARINONI, 2014, p. 30).

Segundo Giuseppe Chiovenda (2008, p. 58), a autodefesa constitui uma atividade “meramente privada, movida por impulsos e intenções particulares e egoísticos, embora consentidos e moderados pelo Estado”. Quanto mais se reforça a organização política, mais se restringe o campo da autodefesa, tendo em vista a natural expansão da atuação estatal.

Contudo, merece destaque o fato de que a codificação civil vigente, além de manter dispositivos com hipóteses de autotutela (para a defesa da posse), trouxe ainda mais normas no mesmo sentido: há, hoje, regras inovadoras sobre a autotutela no âmbito das obrigações de fazer e não fazer em casos de urgência. Dessa forma, não só há espaço para a verificação da autotutela, como esta foi ampliada pela codificação civil;

sendo que tal constatação recomenda que o intérprete se proponha a aplicá-la segundo os princípios da boa-fé e da razoabilidade. São exemplos a autotutela de urgência nas obrigações de fazer e não fazer; direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a estrema do prédio; e direito de retenção de bens. De qualquer modo, evidencia-se que a autotutela não constitui, propriamente, um método de solução de conflitos, muito embora seja uma via excepcional (TARTUCE, 2016).

Nesse cenário, a negociação, bem como a mediação e a conciliação, constituem-se em métodos autocompositivos, sendo atividade comum na rotina transacional. Nessa perspectiva, Fernando Horta Tavares (2002, p. 42) destaca a elementaridade da negociação na resolução de conflitos: “[...] Nela, as partes se encontram diretamente e, de acordo com suas próprias estratégias e estilos, procuram resolver uma disputa ou planejar uma transação, mediante discussões que incluem argumentação e arazoamento”.

Por fim, as discussões podem ser conduzidas pessoalmente pelas partes, ou por meio de seus representantes (por exemplo, advogados). Trata-se de atividade muito comum na vida do ser humano, já que as pessoas buscam, a partir de suas referências pessoais, uma resolução para o conflito mediante a argumentação.

### **3.2.2 Conciliação**

No sistema jurídico brasileiro, a palavra “conciliação” é utilizada, não raro, genericamente, para designar a atividade – o método de solução de conflitos – que objetiva harmonizar os litigantes por meio do emprego de qualquer método autocompositivo (TARGA, 2004).

Na conciliação, propriamente, há a presença da figura de um terceiro imparcial que trabalha como intermediário entre os envolvidos no litígio, podendo, neste caso, até sugerir soluções para a controvérsia, ajudando as partes envolvidas, de forma cooperativa, na busca de um acordo. Fernanda Tartuce (2016, p. 192) define a conciliação:

Por tal técnica de autocomposição, um profissional imparcial intervém para, mediante atividades de escuta e investigação, auxiliar os contendores a celebrar um acordo, se necessário expondo vantagens e desvantagens em suas posições e propondo saídas alternativas para a controvérsia, sem, todavia, forçar a realização do pacto.

O objetivo da atuação do conciliador é alcançar um acordo que evite complicações futuras, com dispêndio de tempo e dinheiro.

Nesse cenário, é importante pontuar que a conciliação pode se apresentar de forma *extraprocessual*, quando ocorre sem que haja processo judicial em trâmite, ou de forma *endoprocessual*, nos casos em que já existe um processo judicial instaurado, ainda que de forma incidental; e a conciliação pode, ainda, ser realizada tanto pelo juiz, quanto pelo conciliador.

Na lição de Petrônio Calmon (2013), no viés processual, a conciliação extraprocessual só terá sentido se, na sequência, houver a atividade homologatória jurisdicional, uma vez que as partes, no caso de uma homologação extrajudicial, podem ingressar em juízo com o objetivo exclusivo de obter a homologação da conciliação. De mais a mais, se a conciliação é realizada durante o processo, gera seu término imediato, sendo certo que o instituto está previsto, na legislação brasileira, em diversos dispositivos, desde a CLT, de 1943, até as disposições do CPC de 2015.

Para Maria Inês Targa (2004, p. 80-81), a conciliação, como método de solução de conflitos, possui muitas vantagens, especialmente se comparada com o método impositivo da jurisdição estatal, por meio da sentença judicial, que, como anunciado, é impositiva e não raro desagrade o interesse de todos os envolvidos no litígio. Já na conciliação, a solução é alcançada de forma cooperativa, sendo produto da vontade das partes, logo:

[...] permite que os litigantes, de uma forma responsável e madura, solucionem *per si* o conflito e, com tal solução, mais facilmente cumpram as cláusulas do acordo que entabularam, evitando execuções intermináveis como aquelas com as quais, na atualidade, nos defrontamos. A conciliação endoprocessual é relevante. Os órgãos da Justiça atingem, com plenitude, os objetivos da lei, quando conduzem as partes à conciliação, pois, com isso, não somente se obtém uma solução consensual, como também se desarmam os espíritos e instala-se a concórdia.

De uma maneira geral, a conciliação é indicada para conflitos que resultam de relações ditas unidimensionais (com vínculo único). Por exemplo, um caso em que se discute a indenização por acidente de trânsito, sendo que as partes envolvidas não se



conhecem e, resolvida a questão, elas não terão mais qualquer tipo de relacionamento.

No Brasil, do ponto de vista quantitativo, sempre predominou a conciliação como fenômeno judicial em que as partes são conduzidas por um terceiro imparcial rumo à obtenção de um acordo com vistas à extinção do processo (GABBAY, 2011, p. 50). Nessa perspectiva, como anunciado, configura fenômeno processual, razão pela qual não deve ser confundida com a transação, seu possível objeto (contrato civil<sup>23</sup> que pode ser firmado em juízo ou extrajudicialmente).

Nessa linha de raciocínio, percebe-se, há tempos, um incremento judicial-processual no sentido de promover audiências para a tentativa de autocomposição. Diversas legislações modernas vêm contemplando a conciliação como procedimento relevante na gestão do conflito, como nas Leis dos Juizados Especiais e na Consolidação das Leis do Trabalho. Nessa toada, no Código de Processo Civil de 2015 e na Lei de Mediação, a realização de sessões para a tentativa de autocomposição ocupa lugar de grande destaque, precedendo, inclusive, o oferecimento de defesa pelo réu. Já nas causas cíveis regidas pelo Código de Processo Civil, a previsão de realizar a tentativa de conciliação entre as partes, a qualquer tempo no processo, situa-se entre os deveres do magistrado. A tendência atual, portanto, é que os processos disponham de tentativas de solução consensual. Caso esta não seja obtida, deverá haver a atuação segundo o modelo contencioso (TARTUCE, 2016, p. 48).

É muito comum a associação e até mesmo a confusão entre os institutos da mediação e da conciliação. Muito embora sejam semelhantes, existem graves diferenças entre tais ferramentas, que se distinguem quanto aos seus métodos e finalidades.

A diferença marcante entre mediação e conciliação está na natureza do conflito a que cada método envolve. A conciliação deve ser aplicada nos conflitos eventuais, como anunciado alhures, em que não existe qualquer relacionamento prévio entre as partes envolvidas, como uma batida de carros, por exemplo. Assim, se as pessoas não se

---

<sup>23</sup> CC, art. 842: A transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou por instrumento particular, nas em que ela o admite; se recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz.

conhecem e não precisarão conviver, manter qualquer relação após a solução do litígio, o método adequado a ser empregado é a conciliação. O objetivo da conciliação é simplesmente a consecução do acordo, evitando que a controvérsia se estenda ao longo do tempo.

De outro modo, a mediação é melhor aplicada quando as disputas envolvem vínculos entre as partes, especialmente nas relações de trato continuado, em outras palavras, nas situações em que há um relacionamento, entre as partes envolvidas, anterior ao conflito, sabendo-se que, provavelmente, terão que, de algum modo, relacionar-se no futuro, como é o caso das relações de família ou de vizinhança.

Nesses litígios, normalmente, existe uma grande carga emocional que, não raro, dificulta o diálogo e a negociação pacífica e racional, uma vez que envolve afetos e desafetos, sentimentos como amor, ciúmes, raiva, traição, entre outros. Por essa razão, além do acordo em si, a mediação objetiva o restabelecimento do diálogo, a harmonização do relacionamento, permitindo às partes uma comunicação saudável e pacífica, pois tal método envolve a legitimação e o tratamento das emoções das partes em litígio (TARTUCE, 2016).

Outra diferença que merece destaque entre mediação e conciliação está relacionada com a atuação do terceiro que intermedeia o conflito. Na conciliação, essa figura é o conciliador, que deve orientar as partes no sentido de que a negociação e o acordo constituem o melhor caminho, mesmo não sendo totalmente satisfatório, pois poupa inúmeras de complicações futuras para os envolvidos. Assim, neste procedimento, o conciliador sugere soluções que ele julgue mais justas, agindo de maneira incisiva (TARTUCE, 2016).

Entrementes, o mediador não deve emitir sugestões de solução para o conflito, ao contrário, deve portar-se de forma passiva, utilizando-se de técnicas especializadas, respeitando plenamente a vontade dos mediados, incentivando a criatividade destes, instruindo-os no diálogo pacífico. Assim, a mediação deve ser aplicada aos conflitos de natureza continuada, pois, de certa maneira, propõe uma reestruturação da relação rompida. Neste caso, os mediados participam ativamente da solução e são, nesse sentido, submetidos a reflexões; e o conflito é, deste modo, estimulado a uma postura

cooperativa que, de uma forma ou de outra, facilita o cumprimento do acordo, tendo em conta que a solução não foi criada a partir dos interesses mútuos.

### 3.2.3 Arbitragem

Na arbitragem, como no caso da jurisdição estatal, há o que se considera como um método heterocompositivo, uma vez que o conflito entre as partes deve ser resolvido por meio de decisão imposta por um terceiro que, por óbvio, deve ser imparcial. Neste caso, os envolvidos no litígio concordam previamente em submeter a lide a um terceiro (neutro e imparcial) escolhido pelas próprias partes – o qual é investido de poder para, segundo critérios previamente estabelecidos, apresentar uma solução impositiva para a disputa em lide (TARTUCE, 2016).

A arbitragem, muitas vezes, é desenvolvida por meio de um procedimento denominado “processo arbitral”, muito embora não siga as mesmas normas do processo jurisdicional. Durante esse procedimento, as partes envolvidas no litígio devem, de forma semelhante a um processo de jurisdição estatal, apresentar sua versão dos fatos, produzir provas, arrazoados etc. (CALMON, 2013).

Por definição prévia das partes, a arbitragem pode utilizar critérios de direito ou de equidade<sup>24</sup>, sendo que, em ambos os casos, o procedimento é concluído, normalmente, com uma sentença. Essa sentença, mesmo proferida por um árbitro, constitui um título executivo judicial e produz os mesmos efeitos jurídicos de uma sentença judicial, inclusive no que toca à coisa julgada material.

Muito embora, em regra, não caiba recurso contra a sentença arbitral, as partes podem postular, por óbvio, que o árbitro corrija erros materiais da decisão e/ou esclareça alguma contradição, obscuridade ou omissão.

Além disso, as partes envolvidas podem submeter a sentença arbitral à apreciação do Judiciário, não para que ela seja reapreciada em seu conteúdo, mas, para efeito de controle, apenas para o que toca aos seus requisitos de eficácia e validade. Contudo,

---

<sup>24</sup> Nos termos do art. 2º da Lei nº 9.307/96, que dispõe sobre a arbitragem: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”.

diante das hipóteses pontuadas no art. 26 da Lei n° 9.307/96, a sentença arbitral poderá ser declarada nula (GONÇALVES, 2017).

Nesse cenário, a mediação traz alguns pontos distintivos e marcantes, com relação à arbitragem, distingue-se da arbitragem em vários aspectos. Primeiramente, percebe-se que na mediação existe a figura do mediador, servindo como uma espécie de pacificador, facilitador do diálogo e canal de discussão, sem interferir nas decisões tomadas, apenas auxiliando as partes na consecução do diálogo e, não raro, na realização do acordo. Nesse sentido, importa esclarecer que a mediação não segue lógica ganhador-perdedor, porque, nesse caso, não deve existir vencedores nem vencidos. Não se trata, nesse sentido, de uma disputa, sendo que todos os envolvidos devem se sentir vitoriosos, uma vez que o acordo deve ser satisfatório para todos (TARTUCE, 2016).

Na arbitragem, a seu turno, existe o árbitro, o qual, esgotadas todas as tentativas de acordo, profere uma decisão arbitral de força executiva judicial. É comum, neste caso, que dessa decisão resulte uma parte vencedora da questão.

A mediação, por sua vez, é um procedimento baseado na informalidade e na oralidade. Não se exige alta indagação probatória. Por outro lado, a arbitragem institui alguns procedimentos que se assemelham ao Poder Judiciário (TARTUCE, 2016).

Nesse sentido, observa-se que a arbitragem destina-se à solução de conflitos patrimoniais. No mundo contemporâneo, complexo, dinâmico, capitalista e globalizado, verifica-se um aumento substancial do número de Tribunais Arbitrais, inclusive no caso do Brasil, pois principalmente as empresas precisam de respostas rápidas e sigilosas para os conflitos oriundos de suas atividades.

### **3.2.4 Sentença Judicial**

O estado possui o poder-dever de revelar o direito incidente que envolve determinada situação concreta trazida a seu exame, efetivando, assim, a solução jurídica correspondente, em acordo com os critérios predeterminados pelo sistema jurídico. Sendo parte do poder de “*imperium*” inerente ao Estado, fundado na

soberania, a jurisdição tem como instrumento próprio de agir a coerção, utilizável frente a resistências descabidas de seu exercício regular (TARTUCE, 2016).

Nesse sentido, a jurisdição é o poder que o Estado possui de dizer o direito, de fazer justiça, em substituição aos particulares. Na verdade, a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. É “poder” uma vez que decorre da potestade do Estado exercida de forma impositiva e definitiva em face das partes em litígio. Também é “função”, pois faz valer a ordem jurídica em face de uma lide. E, pode-se afirmar, por último, que também é “atividade”, uma vez que consiste em um procedimento desencadeado por uma série de atos ordenados no sentido de produzir uma declaração do direito e concretização do que foi consagrado no título.

A solução do conflito pela via jurisdicional consuma-se, em regra, por meio da sentença, que, nesse sentido, é o ato pelo qual magistrado decide a lide entre as partes processuais, aplicando o direito ao caso concreto sub judice.

### 3.2.5 Mediação

A mediação, como anunciado anteriormente, é um método de solução de conflitos que objetiva a autocomposição, sendo que um terceiro, imparcial e neutro – frise-se: sem qualquer poder de decisão –, neste caso, auxilia as partes, de forma que a comunicação seja restabelecida e os interesses preservados, com a possibilidade do estabelecimento de um acordo. Fernanda Taruce (2016, p. 52), nesse sentido, define:

Mediação é o meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação entre as pessoas para propiciar que elas possam, a partir da restauração do diálogo, encontrar formas proveitosas de lidar com as disputas.

É importante ressaltar que o ordenamento brasileiro passou a contar com o conceito do art. 1.º, parágrafo único, da Lei nº 13.140/2015: “mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Maria Serpa (1999, p. 105) destaca que a mediação é:

[...] processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos 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 substância destas.

Nesse cenário, a mediação coloca o conflito em perspectiva e realiza um plano para o futuro, de forma que as partes possam aceitar uma postura cooperativa diante do conflito – o que pode resultar num acordo que possam cumprir, reduzindo a ansiedade e outros efeitos negativos relacionados ao litígio.

Busca-se, com a mediação, ajudar as partes em conflito para que alcancem uma solução consensual, que lhes permita reduzir os entraves de comunicação e explorar, de forma criativa, uma série de alternativas, atendendo às reais necessidades de todos os mediados e propiciando o estabelecimento de um padrão para a futura solução do litígio.

Destaque-se que mediação tanto pode ser *informal* como também *profissional*. A mediação informal é aquela que ocorre no dia a dia em situações das mais diversas, que vão desde a intervenção de parentes e amigos até a de líderes comunitários e religiosos. Dessa forma, são utilizados métodos informais, sem qualquer estrutura pré-estabelecida, baseados, de regra, no bom senso, na intuição na experiência de vida, bem como no conhecimento que o mediador tem dos mediados envolvidos e do próprio problema. No caso da mediação profissional, utilizam-se técnicas próprias, rigor científico, sendo que as principais características são a confidencialidade, a cooperação e a ênfase no futuro (observação do litígio em perspectiva), assim como a economia financeira e de tempo (TARTUCE, 2016).

De maneira geral, a mediação profissional é utilizada em escritórios de advocacia, tribunais de mediação e arbitragem, câmaras de mediação, consultórios de psicologia e em entidades, como as associações de classe e beneficentes, que podem cobrar ou não por seus serviços.

Como já anunciado, existem programas de mediação vinculados ao Poder Judiciário, sendo que, nessas situações, a mediação, não raro, ocorre antes do ajuizamento da ação (*para ou pré-processual*) ou no curso do processo (*processual*), com o sobrestamento do feito pelo juiz da causa.

Nesse sentido, observa-se que a mediação constitui-se um meio não adversarial de resolução de conflitos, em que o mediador, capacitado, competente e imparcial, auxilia as partes, por meio de técnicas de negociação, na busca do restabelecimento do diálogo, que pode resultar num acordo mutuamente satisfatório. Desta forma, evidencia-se que o mediador não decide, pois são as próprias partes que têm o poder de decisão. Muitas vezes, esses acordos são enviados ao Judiciário de forma que haja homologação por um magistrado, havendo o reconhecimento da validade do acordo firmado.

Contudo, em uma perspectiva mais ampla, para o êxito da mediação não é fundamental que as partes celebrem um acordo formalizado, nem que este seja objeto de uma transação homologada em juízo. Uma mediação bem-sucedida, nesse sentido, é aquela em que, promovida de forma eficiente, gera a facilitação do diálogo pelo mediador, as pessoas se habilitam a retomar a comunicação de maneira adequada, passando a conduzir suas relações de forma consensual, ainda que não “fechando” um acordo. Uma vez resgatados a confiança e o senso de compromisso entre os envolvidos, eles poderão partir para uma nova fase em sua relação interpessoal (TARTUCE, 2016, p. 55).

Nesse sentido, pontua Euclides de Oliveira (2001, p. 107):

[...] contra a lógica da força, advinda de uma solução ditada por sentença judicial, e quando impotente a lógica da conciliação, advinda de acordo sem enfrentar nem prevenir suas causas mais profundas, surge a lógica da mediação, que busca o ponto de equilíbrio, mediante o auxílio de terceira pessoa, para que as próprias partes, conscientes e responsáveis, encontrem uma solução que lhes garanta condições para projeção de um futuro saudável e feliz.

Percebe-se que a mediação se coaduna com um modelo diferenciado de distribuição de justiça embasado nas noções centrais de cooperação e conciliação. À mediação foi atribuída tamanha relevância em nosso ordenamento que uma lei inteira foi dedicada a ela com vistas a disciplinar sua adoção tanto no âmbito judicial (Lei nº

13.140/2015, arts. 24 a 29 – previsões que reproduzem muito da disciplina do CPC) quanto na seara extrajudicial (Lei nº 13.140/2015, arts. 21 a 23).

Veja-se, abaixo, um quadro comparativo dos métodos em foco:

**Modelos Inerentes às Modalidades  
de Composição de Conflitos**

<b>CONTENCIOSAS</b>	<b>NÃO CONTENCIOSAS</b>
Processo judicial	Negociação
Arbitragem	Conciliação
	Mediação
<b>CARACTERÍSTICAS</b>	
As partes e enfrentam	As partes cooperam
O procedimento é controlado por terceiros (na arbitragem é isto: o controle começa pelas partes e depois pelo árbitro)	As partes controlam o processo
Um terceiro decide	As partes decidem
Centra-se no passado	Trato do presente e do futuro
Trabalha sobre a realidade formal	Trabalha sobre a realidade real
Não pode ser interrompido (na arbitragem, a partir do compromisso)	Pode ser interrompido
O seu resultado não satisfaz plenamente	O acordo satisfaz plenamente (exceto na conciliação)
O seu resultado pode não resolver o conflito	O acordo resolve o conflito (exceto na conciliação)

Fonte: TARTUCE, 2016, p. 83.

### 3.2.5.1 Princípios da Mediação

Dentre as diretrizes da mediação, há os princípios gerais, sendo que alguns são reconhecidos por lei. Fernanda Tartuce (2016, p.98-121) destaca os seguintes princípios:

a) Princípio da Liberdade das Partes:

Durante o procedimento de mediação, os mediados possuem autonomia. Obviamente, não se pode realizar um acordo que viole normas cogentes, mas por esse princípio devemos entender que são as partes que decidem resolver o conflito



através deste procedimento, podendo interrompê-lo quando desejarem, não sendo obrigadas a resolverem o litígio pela mediação.

b) Princípio do Poder de Decisão das Partes ou da Autonomia da Vontade e Decisão Informada.

Na sequência, num regime de complementariedade, podemos pontuar o princípio do poder de decisão das partes, também denominado de autonomia da vontade e decisão informada. Por óbvio, como anunciado, este princípio está intimamente ligado à liberdade. Não compete, ao mediador, de forma nenhuma, pôr fim à disputa, impondo qualquer tipo de solução. O mediador, portanto, é um facilitador; apenas facilita o diálogo, de maneira que os mediados consigam avaliar, dimensionar e expor seus interesses reais, realizando um acordo ou não. Os termos do acordo devem ser discutidos e decididos, em conjunto, entre os envolvidos no litígio, que são as pessoas que realmente possuem poder de decisão.

A autonomia da vontade, no sentido proposto, deve ser entendida como autodeterminação. A mediação, portanto, permite que o indivíduo decida os rumos da controvérsia e protagonize uma saída consensual para o conflito. Ao incluir o sujeito como importante ator na abordagem da crise, valoriza-se sua percepção e considera-se seu senso de justiça. Como facilmente se percebe, a autonomia da vontade está ligada à dignidade e à liberdade. A diretriz da autonomia da vontade também traz a lume um ponto importante: a voluntariedade. Portal diretriz, que para muitos é ponto essencial da mediação, a conversação só pode ser realizada se houver aceitação expressa dos participantes; estes devem escolher o caminho consensual e aderir com disposição à mediação do início ao fim do procedimento (TARTUCE, 2016)

c) Princípio da Não Competitividade

Sobre o princípio da não competitividade, pode-se dizer que a mediação traz um novo paradigma, contrariando a cultura do litígio e da disputa e introduz a cultura da cooperação. Nesse sentido, a celebração de um acordo, de forma nenhuma, resulta num ganhador e um perdedor. Ao revés, todos devem se sentir atendidos e satisfeitos com a solução da controvérsia. Assim, o acordo mais adequado é aquele em que

todos os envolvidos saiam ganhando e, de alguma forma, saiam perdendo também – uma vez que são necessárias concessões recíprocas nesse processo –, o que de certa forma significa que as partes abriram mão de suas posições iniciais em prol de uma solução mais harmônica e verdadeiramente justa para todos.

Ao tratar do tema no cenário da autocomposição judicial, a Resolução 125/2010 do CNJ evidencia que a autonomia da vontade envolve o dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes uma decisão voluntária não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou no final do processo, podendo interrompê-lo a qualquer momento (Anexo III, art. 2.º, II).

Ao destacar a pessoa como protagonista de suas próprias decisões e responsável por seu próprio destino, a mediação revela ter como fundamento ético a dignidade humana em seu sentido mais amplo.

#### d) Imparcialidade do Mediador

A imparcialidade do mediador é outra diretriz muito importante. Para que haja essa imparcialidade, primeiramente, o mediador deve ser independente. Assim, não deve existir, nesse sentido, qualquer conflito ou relacionamento prévio capaz de afetar sua imparcialidade. Dessa forma, o mediador deve buscar compreender a realidade dos mediados, eximindo-se de ideias pré-concebidas, qualquer tipo de preconceito ou valores pessoais que possam interferir no seu trabalho. Nesse sentido, durante o procedimento da mediação, o mediador deve garantir possibilidades iguais aos mediados.

De acordo com o CPC de 2015, o conciliador ou mediador comunicará imediatamente impedimento, de preferencialmente por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos. Na hipótese da causa de impedimento ser 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 (Lei n. 13.105/2015, art. 170, caput e parágrafo único).

Nos termos da Resolução 125/2010 do CNJ, a imparcialidade é retratada como o dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente (Anexo III, art. 1.º, IV).

e) Credibilidade do Mediador

A credibilidade do mediador é outro princípio importante. O mediador deve, durante todo o processo de mediação, construir e manter a credibilidade perante os mediados, sendo independente, claro e coerente. Um fator primordial para que uma mediação seja bem-sucedida é que este profissional adquira a confiança dos participantes. Ao abordar as propostas, preconiza-se grande cautela por parte do mediador. A manifestação de sua opinião quanto a uma ou outra pode ser deletéria e influenciar, decisivamente, na conduta dos envolvidos, seja para gerar um acordo artificialmente entabulado (sem aderência à situação das pessoas em conflito), seja para desanimá-las quanto ao procedimento ante um suposto comprometimento ético do mediador (TARTUCE, 2016).

Vale destacar que, por atuar com transparência, empatia e comprometimento, o mediador pode angaria a confiança das partes. Usa-se a expressão rapport para expressar o relacionamento harmonioso ou o estado de compreensão em que, por fatores como simpatia e empatia, geram-se confiança e comprometimento recíprocos; no caso da mediação, busca-se uma interação harmoniosa em relação ao processo, suas regras e objetivos. Assim, é comum que o mediador atue de modo compreensivo e valide sentimentos para mostrar que compreendeu a perspectiva do envolvido na controvérsia; o tema será mais bem abordado quando da exposição das técnicas de mediação (TARTUCE, 2016).

f) Informalidade e oralidade.

A informalidade do processo também constitui-se num princípio fundamental da mediação. A mediação, como prática para a facilitação do diálogo entre as partes, não tem regras fixas (embora o mediador preparado conte com certas técnicas para a

abordagem das partes e para o estabelecimento de uma comunicação eficaz com elas). Não há, portanto, forma exigível para a condução de um procedimento de mediação, dado que esta constitui, essencialmente, um “projeto de interação, de comunicação eficaz. Não existe, nesse sentido, uma única forma predeterminada para a realização da mediação, que pode variar muito de acordo com as situações apresentadas. A informalidade, nesse sentido, confere simplicidade e celeridade ao método, uma vez que não existem procedimentos rígidos a serem observados, sendo certo que o procedimento é marcado pelo traço da oralidade. A mediação se desenvolve por meio de conversações e/ou negociações entre as pessoas. Como meio focado no (r)estabelecimento da comunicação, configura um procedimento pautado por iniciativas verbais: por meio de expressões, questionamentos e afirmações, busca-se viabilizar um espaço de comunicação entre os envolvidos para que eles possam divisar saídas para seus impasses, relatando sua percepção e contribuindo para eventual elaboração de propostas. Nessa perspectiva, a mediação surge como um espaço democrático porque o mediador, ao invés de se posicionar em um local superior às partes, encontra-se no meio delas para partilhar um espaço participativo voltado para a construção do consenso (TARTUCE, 2016).

#### g) Confidencialidade Boa-fé

A confidencialidade do processo também constitui um princípio de suma importância. Os fatos, situações e propostas ocorridas durante a mediação são sigilosas e privilegiadas. Aqueles que participarem do processo devem obrigatoriamente manter o sigilo sobre todo conteúdo a ele referente, desde que não contrarie a ordem pública.

A boa-fé, nesse sentido, também é um princípio da mediação. A mediação depende da boa-fé dos envolvidos, especialmente dos mediados. As partes devem estar sem reserva mental e interessadas, de fato, em falar e ouvir, objetivando a solução do conflito. Por melhor e mais capacitado que seja o mediador, se os conflitantes não estiverem com boa vontade, será difícil o sucesso da(s) sessão(ões), tendo em conta que são os mesmos que possuem poder decisório e autonomia neste procedimento. O mediador deve ser alguém com quem as partes possam falar abertamente sem preocupações quanto a eventuais prejuízos decorrentes da atuação de boa-fé. Por outro lado, para que os participantes da sessão consensual possam se expressar com

abertura e transparência, é essencial que se sintam protegidos em suas manifestações e contem com a garantia de que o que disserem não será usado contra si em outras oportunidades. Nessa medida, a confidencialidade é o instrumento apto a conferir um elevado grau de compartilhamento para que as pessoas se sintam à vontade para revelar informações íntimas, sensíveis e muitas vezes estratégicas que certamente não exteriorizariam em um procedimento pautado pela publicidade (TARTUCE, 2016).

#### h) Igualdade de Condições de Diálogo Entre as Partes

Igualdade de condições de diálogo entre as partes é, também, uma diretriz extremamente relevante para o processo. Não raro, um mediado é manipulado ou, de alguma forma, coagido pelo outro. O mediador deve ficar atento para, diante dessas situações, interromper a sessão e esclarecer que acordos estabelecidos de forma precária, no mais das vezes, resultam no seu descumprimento. Nesse campo, quando se trata de conflitos em que há clara desigualdade entre as partes (existe um pólo mais fraco que o outro), o tratamento do mediador também deve ser diferenciado, no intuito de manter o equilíbrio da relação na mediação e sua imparcialidade. Como o terceiro facilitador do diálogo tem compromisso com a imparcialidade, não deve atuar como advogado nem assessor técnico litigante mais fraco; contudo, permanece seu dever de colaborar para que as pessoas, se assim desejarem, alcancem um acordo efetivo e durável em bases razoáveis. Para tanto, deverá atuar de modo atento às finalidades da mediação e comprometido com a adoção de técnicas apropriadas para realizá-la. Assim, quando houver, portanto, uma clara vantagem de poder em um lado, é natural que o facilitador da conversa sinta que precisa defender ou auxiliar a parte aparentemente mais fraca. Esse sentimento, porém, envolve julgamento e suposições em diversos níveis (TARTUCE, 2016).

#### 3.2.5.2 Objetivos da Mediação

A mediação possui, na verdade, diversos objetivos, sendo que, à primeira vista, pode-se imaginar que a prioridade exclusiva seja a celebração do acordo, mas, na realidade, suas finalidades vão muito além. A mediação, de fato, objetiva pacificar o conflito, e, nesse sentido, permitir a reorganização da relação rompida, restabelecer a

comunicação, de forma cooperativa, entre as partes. Por essa razão, como anunciado anteriormente, é adequada à solução dos conflitos provenientes de relações de trato continuado, as quais necessitam subsistir aos problemas.

A mediação, não se pode esquecer, estimula uma visão positiva das situações adversas, trazendo a noção de conflito como algo natural, necessário algumas vezes, como uma possibilidade de crescimento. Desta forma, as pessoas envolvidas no litígio são estimuladas a administrar os problemas com mais naturalidade, o que facilita a realização do acordo (TARTUCE, 2016).

A inclusão social, sem sombra de dúvidas, também é um objetivo da mediação. A mediação, em vários aspectos, constitui um instrumento legítimo de inclusão social, uma vez que aumenta a autodeterminação e a responsabilidade dos mediados. Através deste método, inevitavelmente, os indivíduos passam a ter voz ativa na coletividade e a participar de forma mais atuante nas decisões de seus próprios conflitos, assim como nos conflitos da comunidade, tendo em conta que tal método gera uma maior conscientização dos direitos e deveres e fomenta o senso crítico dos cidadãos. Dessa forma, afirmar que a mediação é um instrumento de pacificação social não quer dizer que ela objetiva, exclusivamente, a celebração de acordos. Na verdade, esse método promove uma maior paz, uma vez que estimula uma forma adequada de solução de disputas por meio do diálogo. Por meio da mediação, os indivíduos aprendem a administrar as disputas interpessoais. Nesse cenário, quando surge uma situação conflitiva nova, as pessoas passam a administrar suas querelas, de forma mais eficaz e amigável ( TARTUCE, 2016).

#### 3.2.5.3 A Figura do Mediador

A figura do mediador, por óbvio, é parte fundamental do processo de mediação, embora não possua poder decisório. O mediador deve ser um profissional com formação e conhecimento adequados, pois é inteiramente responsável por conduzir o procedimento de mediação. Nesse sentido, possui uma difícil tarefa, que é a de auxiliar os mediados, facilitando o diálogo, na busca de uma solução mutuamente satisfatória (TARTUCE, 2016).

Dessa forma, o mediador se destaca entre todos os que atuam em outros procedimentos de composição de conflitos. Essas diferenças podem ser observadas, especialmente, na condução do procedimento, na forma que o mediador emprega seus conhecimentos e, principalmente, no importante papel que assume em face dos mediados. As partes, nesse sentido, devem encontrar na figura do mediador um grande aliado, alguém que acredita neles e os respeita.

O mediador, inicialmente, deve facilitar a comunicação entre os envolvidos no litígio, intermediando e fazendo com que as pessoas consigam dialogar de forma solidária, expondo seus anseios e suas angústias. Nesse cenário, percebe-se que um passo imprescindível é que o mediador conquiste a confiança e o respeito dos mediados para que se expressem com franqueza e sem medo, pois, normalmente, os discursos estão contaminados de raivas, angústias, neuroses e preconceitos (TARTUCE, 2016).

O mais comum são os mediados iniciarem a mediação com uma visão parcial do problema. O mediador deve, portanto, utilizar técnicas para que os envolvidos criem uma visão integrada do litígio, de forma com que as partes compreendam a necessidade do trabalho cooperativo. Assim, os mediados criam uma visão responsável do litígio podem melhor desempenhar seus papéis.

Evidentemente, o trabalho do mediador é difícil, pois precisa policiar-se a todo minuto para não perder sua imparcialidade, pois não só as partes possuem medos, neuroses e ideias pré-estabelecidas. Nessa ordem de ideias, destaca-se que, além de agir com imparcialidade, o mediador deve preservar a confidencialidade da mediação, ou seja, os fatos, situações e propostas ocorridos durante a sessão devem ser mantidos em sigilo. Dessa forma, o mediador não pode ser testemunha em um processo para revelar o que foi dito na mediação.

Outra questão importante remete a um aspecto relevante da imparcialidade do mediador. É o fato que ele precisa policiar-se, também, para desempenhar suas tarefas, de modo a não permitir que seu senso de justiça ou conhecimento jurídico influencie a vontade dos mediados. Tal atitude, não raras vezes, fere o senso de

justiça pessoal do mediador, mas para que a mediação seja bem-sucedida, é indispensável que o desejo das partes prevaleça (TARTUCE, 2016).

Os mediadores, portanto, podem ser considerados como agentes de cidadania, partindo da premissa de que a cidadania não está apenas ligada ao conceito de cidadão – ser passível de direitos e deveres –, e sim a algo maior, onde pode-se destacar a solidariedade e a cooperação. A mediação de conflitos tem como base a participação efetiva das pessoas envolvidas, uma vez que elas são detentoras do poder de decisão, ligando-se, pois, diretamente com a ideia de resgate da cidadania. Nesse sentido, o mediador adquire a função, como anunciado, de agente de cidadania, já que é responsável, no curso dos procedimentos de mediação, por criar um ambiente favorável para que haja o diálogo entre os mediados.

Muito já se discutiu sobre quem pode ser mediador. Profissionais do direito se inclinam para a tese de que só podem mediar os advogados, pois detêm o conhecimento jurídicos que envolvem os litígios, uma vez que os acordos não podem ser *contra-legem*. Por outro lado, psicólogos defendem a ideia de que sua formação profissional é a mais adequada à solução de conflitos por meio da mediação (TARTUCE, 2016).

Na verdade, não é requisito que o mediador exerça quaisquer das profissões mencionadas. Para atuar como mediador, são indispensáveis o bom senso e a capacitação nas diversas técnicas que conjugam a mediação de conflitos. Obviamente, os profissionais das ciências humanas podem ter maior identificação com esse procedimento.

Assim, para o impulsionamento desse método, sem dúvidas, é necessário o empenho conjunto de advogados, psicólogos, psicanalistas, médicos etc. Sobre o papel desempenhado pelo mediador, Petrônio Calmon (2013, p. 121) afirma que:

O mediador não é um mero assistente passivo, mas sim um modelador de idéias, que mostrará o sentido da realidade necessário para atingir acordos convenientes. Ele se vale de técnicas especiais e com habilidade escuta as partes, as interroga, apaga o problema, cria opções e tem como alvo que as partes cheguem à sua própria solução para o conflito (autocomposição). É fundamental que o mediador não expresse sua opinião sobre o resultado do pleito. Tal atitude consiste na regra de ouro do mediador, característica que



diferencia a mediação de outros mecanismos que igualmente visam à obtenção da autocomposição.

Diante do exposto, pode-se afirmar que o mediador jamais interfere nos termos do acordo, devendo abster-se de tomar qualquer iniciativa de proposição, procurando não manifestar juízo de valor sobre as propostas apresentadas pelas partes. O mediador, nesse sentido, deve limitar-se a auxiliar às partes, facilitando sua comunicação, objetivando favorecer a identificação de um acordo que traga satisfação recíproca. Como as partes conservam para si o controle sobre o resultado do conflito e compartilham a responsabilidade por sua existência e solução, a mediação mostra-se muito mais segura e eficaz do que os métodos heterocompositivos.

#### **4 A EXPERIÊNCIA DO BALCÃO DE JUSTIÇA E CIDADANIA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA COM A MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA**

Notadamente, podemos delinear três grandes períodos na evolução da família. No primeiro período encontra-se a denominada família tradicional. Essa família está centrada na autoridade paterna. Nela, os casamentos eram arranjados pelos pais, objetivando, acima de tudo, assegurar a transmissão de um patrimônio. Nesse ponto, a vida sexual e afetiva dos cônjuges não assumia maior importância. As famílias tradicionais, nesse sentido, constituíam uma unidade econômica. O casamento tinha como pretexto, no caso da aristocracia, a transmissão da propriedade. Tais famílias se baseavam, segundo o autor, em um tipo de relação calcada na tradição e na continuidade, em que os pais ensinavam para os filhos exatamente o que necessitavam saber para levar adiante suas vidas (BORGES; COUTINHO, 2008).

Dessa forma, a família<sup>25</sup>, imbuída da função socialmente delegada a ela de formar moralmente os indivíduos, tinha na figura dos pais, os adultos da família, a referência de identificação dos filhos. As formas de socialização de crianças e jovens, assim, objetivavam facilitar essa forma de integração.

Porém, com a industrialização e o fim das grandes propriedades rurais, iniciou-se um outro tipo de organização familiar no país, denominada a “família conjugal moderna”. Tal família, fruto da urbanização moderna, reduzia-se, na maioria dos casos, ao casal e seus filhos e tinha como uma das finalidades do casamento a satisfação dos impulsos sexuais e das necessidades afetivas dos cônjuges. Essa nova configuração familiar corresponde àquilo a que se refere como o segundo grande período de evolução da família, a denominada família “moderna”, que, por sua vez, segue de uma lógica afetiva. Essa família fundava-se no amor romântico e reforçava a reciprocidade dos sentimentos e dos desejos carnis no casamento e valorizava a divisão do trabalho entre os cônjuges (BORGES; COUTINHO, 2008).

---

<sup>25</sup> Uma estudiosa que traz importantes contribuições para essa discussão é Corrêa (1994). No Brasil, segundo a autora, nesse tipo de família a que ela se refere como “família patriarcal”, o tipo de organização proporcionava uma forma de integração em que os personagens se substituíam no decorrer das gerações, sem constituir uma ameaça à sua hegemonia. Ela se instalou aqui, principalmente, nas regiões de produção agrária e favoreceu a indivisibilidade do poder dos “clãs”.

Tal divisão (sexual) de tarefas resultava, em grande medida, da separação das esferas pública e privada, sendo que ao homem cabia o cenário público do mundo do trabalho remunerado realizado fora de casa. Ele exercia, assim, a função de provedor da família. Já à mulher ficava reservado o espaço privado do lar e da família, portanto, a função de cuidadora de seus membros (BORGES; COUTINHO, 2008).

O terceiro e atual estágio da evolução da família é, exatamente, o da família “contemporânea”, constituída, por sua vez, pela união de indivíduos em busca de relações íntimas e de realização sexual enquanto houver satisfação. Dessa forma, diferentemente do que ocorria na família moderna, em que a união devia ser eterna, na família contemporânea ela persiste enquanto trazer recompensas e felicidade pessoal para os cônjuges, qualquer que seja o tempo de sua duração. Nela, verificase, portanto, uma maior incidência de divórcios, separações e recomposições conjugais (BORGES; COUTINHO, 2008).

A família contemporânea, portanto, produziu uma verdadeira reviravolta na sociedade ocidental, de forma que pode ser descrita em termos de uma “crise”. Esta envolve não somente as mudanças no seio familiar, que se referem à estrutura e à dinâmica, mas, principalmente, mudanças nos valores sociais mais amplos, em resposta às significativas transformações sofridas no cenário contemporâneo (BORGES; COUTINHO, 2008).

Dessa forma, evidencia-se que a família contemporânea mudou, está em crise<sup>26</sup>, sendo certo que, invariavelmente, essa crise intensifica os litígios familiares.

---

<sup>26</sup> Em pesquisa realizada por Moreira, Rabinovich e Silva (2009) acerca da realidade das famílias baianas, ao responderem “O que é família para você?”, os participantes destacaram os cuidados e o aspecto afetivo, sendo que as crianças de Salvador, cujos pais apresentam nível socioeducacional baixo, tiveram dificuldade de formular uma resposta a essa questão. As crianças baianas destacaram, portanto, o aspecto cuidador e protetor atribuído à família. Igualmente, as concepções de mãe mais encontradas foram as de cuidadora do filho, educadora, assim como aquela que cuida de tudo. O aspecto lúdico apareceu com maior frequência no pai do que na mãe, todavia o aspecto afetivo foi mais destacado nesta; o pai foi destacado com maior frequência como provedor e trabalhador, porém, quanto à disciplina, os dois se assemelharam. Deste modo, o olhar das crianças indicou haver mudanças nos papéis tradicionais associados ao pai e à mãe, transformações que ocorreram em menor intensidade nos ambientes menos favorecidos e urbanizados. Nesse sentido, o estudo sugere uma tendência à existência de relações mais democráticas e menos hierarquizadas na família baiana. Assim, a realidade baiana, ao reboque, segue a tendência global de desbiologização das relações familiares, diminuição da hierarquização e ampliação do valor feto.

#### 4.1 A MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

Os conflitos são característicos de todos os núcleos familiares. Os atritos da personalidade representam consequências naturais e evidentes da interação humana, portanto, presentes em todos os núcleos familiares. Nesse sentido, as brigas familiares, de certo modo, fazem parte do cotidiano pessoas. Nesse cenário, é natural que cada pessoa reaja de forma diferente diante de um conflito. Malvina Mustzkat (2003, p. 24) aponta que:

Numa família, entretanto, solidariedade e conflito coexistem. Toda família funciona como uma unidade social contraditória em que os recursos, os direitos, as obrigações e os interesses competitivos se confundem. Além dos conflitos por divergência de opiniões, de ideias, de crenças ou de poder, ocorrem os conflitos decorrentes da disputa pelos afetos. Sua dinâmica e organização se baseiam na distribuição dos afetos, o que tende a criar um complexo dinamismo de competições e disputas motivadas pelo desejo de conquista de espaços que garantam o amor, o reconhecimento e a proteção, uns dos outros, necessidades básicas da condição humana.

Como anteriormente anunciado, existem atualmente vários modelos de família. O modelo patriarcal foi superado. Contudo, o pluralismo efervescente, marcado pela igualdade, individualidade e afetividade, tem gerado mudanças que ainda não foram assimiladas por toda a sociedade. Homens, mulheres, idosos, crianças e adolescentes não conseguem administrar as diferenças que estão surgindo em meio às denominadas “famílias eudemonistas”.

A ausência de hierarquia e de papéis pré-estabelecidos, por óbvio, gera a necessidade de negociações constantes no seio familiar. Nesse sentido, Zélia Maria de Melo e Zuleica Dantas Pereira Campos (2004, p. 61) pontuam:

As rupturas das tradições provavelmente propiciam uma quebra nas relações vinculares. Por isso representam um desarrumo no percurso do ritmo familiar, o que transforma os laços em desenlaço, e a ordem de desconcerto, criando-se, assim, vivências de transgressões. Em decorrência, abrem espaço para a violação dos direitos e deveres individuais e coletivos.

Essa instabilidade nas relações vinculares de natureza familiar é marcada por inúmeras peculiaridades. Notadamente, quando se trata de problemas familiares, subsiste um apelo emocional que, não raro, agrava as desavenças. Como esclarece

Eliana Riberti Nazareth (2001, p. 50), “as emoções são o tecido da composição familiar”. Assim, os conflitos familiares possuem uma forte carga emocional.

Evidentemente, essas emoções influenciam negativamente as partes e reforçam o posicionamento de disputa. Stella Breittman e Alice Costa Porto (2001, p. 97) destacam, nesse ponto, que: “Os conflitos familiares se caracterizam pela intensidade e complexidade que os compõem, pois não se trata tão somente de expectativas e interesses pessoais, mas da convergência de fortes emoções e sentimentos ocultos”.

Dessa forma, os conflitos familiares tornam-se bastante complexos, uma vez que, por conta do envolvimento emocional e sentimentos como mágoas, dores, vinganças, dentre outros, as verdadeiras causas dos problemas e os interesses por trás dos conflitos tornam-se obscurecidos. Nesse sentido, percebe-se que essas dificuldades impedem que as pessoas deem uma dimensão adequada ao problema em foco. Com efeito, Ana Célia Roland Guedes Pinto (2001, p. 65) destaca que:

O conflito familiar não eclode de uma hora para outra; ele é também uma construção ao longo do tempo e das experiências relacionais. Na maioria das vezes, ele é a somatória de insatisfações pessoais, de coisas não ditas, de emoções reprimidas, de desinteresses, desatenções constantes, traições ou sabotagem ao projeto de vida estabelecido. É em geral, consequência do diálogo rompido ou interpretado incorretamente; do silêncio punitivo. Enfim, ocorre pela constatação de que o modelo imaginado e vivido foi incapaz de garantir a realização pessoal, magicamente esperada.

Dessa forma, a maior parte dos conflitos familiares não desponta por uma razão simples, sendo, em geral, resultado de um somatório de mágoas antigas vivenciadas ao longo do tempo. Portanto, verifica-se que, de um lado, os conflitos podem aparecer de imediato, tendo relação direta com as reais causas de sua origem. Nessa hipótese, estamos diante do conflito real, daquele vinculado ao verdadeiro problema que iniciou a lide.

De outro lado, a real causa dos conflitos pode exigir uma análise mais criteriosa. É o conflito aparente, que se apresenta por razões diferentes das causas que originaram, de fato, a disputa. O conhecimento popular denomina essas situações como “a gota d’água”. Em geral, nas sessões de mediação, as pessoas apresentam um conflito aparente, sem evidenciar, a princípio, o conflito real. É muito frequente, nestes casos,

as discussões envolverem ofensas pessoais que, no fundo, revelam o conflito real. Como dito anteriormente, essa é a tônica dos conflitos familiares que, por conta da alta carga emocional envolvida, dificulta o diálogo (PINTO, 2001, p. 65).

Nessa toada, a mediação, especialmente a familiar, objetiva eliminar o conflito real, a causa do problema, e não simplesmente resolver mediante acordo uma causa aparente, porque assim estará resolvendo problema em sua origem e concretizando a verdadeira pacificação social. Dessa forma, a mediação apresenta uma proposta de desconstrução da relação conflituosa, permitindo que os mediados encontrem as motivações reais de suas disputas.

Nessa ordem de ideias, é importante pontuar que os conflitos familiares surgem de mal-entendidos. A convivência, muitas vezes, atrapalha o diálogo e dificulta que cada um possa, com tranquilidade, ouvir os pontos de vista do outro de forma que, em muitos casos, as partes argumentam a mesma coisa apenas de pontos de vista diversos.

Na sequência, verifica-se que os índices de violência doméstica aumentaram assustadoramente nos últimos anos, devido a fatores dos mais variados: desemprego, falta de diálogo, adultério, alcoolismo etc. Malvina Éster Mustzkat (2003, p. 179) destaca sobre os conflitos familiares que:

Na violência doméstica não há vencedores. A destruição paulatina do sentimento de amparo, amor e auto-estima, atribuições normalmente providas dentro de uma família funcional fundamentais para a estruturação do sujeito, é geral e atinge a todos os membros, incluindo-se aí o agressor.

Faz-se necessário aprofundar a análise do tema, tão presente nas mediações familiares, razão pela qual passa-se a expor no tópico que segue.

#### **4.1.1 A Mediação e a Violência Doméstica**

A violência doméstica pode ser definida como um abuso físico, emocional, sexual ou mental de uma pessoa por outra, com quem tem ou teve um relacionamento íntimo ou familiar. A incidência da violência independe de idade, raça, estilo de vida ou classe

social. Marilena Chauí (2010, p. 342), nessa linha de intelecção, conceitua a violência como:

Exercício da força física e da coação psíquica para obrigar alguém a fazer alguma coisa contrária a si, contrária aos seus interesses e desejos, contrária a seu corpo e a sua consciência, causando-lhes danos profundo e irreparáveis, como a morte, a loucura, a autoagressão ou a agressão aos outros.

Por seu turno, a manifestação da agressividade é entendida como um mecanismo de defesa. Os integrantes da família, quando se sentem ameaçados por algum motivo, não argumentam de forma ordenada a fim de defender seus propósitos, assumindo, por conseguinte, uma postura agressiva (CHAUÍ, 2010, p. 343).

Além das complicações para a saúde, física e mental, a convivência diária em uma família violenta mina progressivamente o desenvolvimento dos indivíduos, os quais vivem com medo, escondendo, em geral, as chagas da violência de que são vítimas. Gláucia Diniz e Miriam Pondaag (2006, p. 183) destacam:

Além da dor, da vergonha da culpa; além do medo de represálias em função do que a revelação da vivência da violência pode provocar nos outros; além do medo de fazer pessoas amadas, principalmente os filhos, sofrerem; mensagens sociais e mitos em torno da vida familiar, são algumas das razões que sustentam o silêncio em torno da violência. Tudo isso contribui para que as experiências de violência permaneçam no lugar do não dito.

Mesmo com o processo crescente de equiparação entre homens e mulheres, marcado pela emancipação do trabalho e da sexualidade da mulher, estas ainda são as maiores vítimas da violência doméstica<sup>27</sup>. Esse tipo de violência, como ventilado no capítulo anterior, é influenciado pela discriminação, agravada pela distribuição de papéis e de estigmas sexuais que afirmam a superioridade masculina.

Consoante o relatório anual do Fundo das Nações Unidas para a População (FNUAP), intitulado: “A situação da população mundial 2000 – vidas em comum: mundos separados. Homens e Mulheres em tempo de mudanças”, as desigualdades entre os

---

<sup>27</sup> Janice Martignago e Zeleí Crispim da Rosa (p. 10) indicam que a violência contra a mulher, no âmbito familiar, caracteriza-se por violência doméstica, e é perpetrada por parceiro íntimo, pais, padrastos, conviventes e outros parentes.

gêneros<sup>28</sup> restringe gravemente as potencialidades dos indivíduos, das famílias, das comunidades e das nações. Nesse sentido, eliminar a discriminação sexual constitui, uma prioridade no que toca aos direitos humanos e de desenvolvimento. Num dos capítulos desse relatório, inclusive, é abordada a violência baseada no sexo e dados assustadores são apresentados: ao menos uma em cada três mulheres foi espancada, coagida a ter relações sexuais ou alvo de abusos de qualquer tipo; na maioria das vezes, por alguém da família seu ou próximo.

Corroborado com os dados supramencionados, em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por intermédio da Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania e do Departamento de Pesquisas Judiciárias, apresenta um levantamento de informações sobre a atuação do Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha, no Brasil. No relatório em lide, foi noticiada a ocorrência de 4.465 homicídios de mulheres no ano de 2010. Nos últimos 30 anos, houve aumento de 230% no quantitativo de mulheres vítimas de assassinato, sendo que só na última década foram assassinadas 43,7 mil mulheres. O crescimento desse tipo de morte aumentou até o ano de 1996, a partir de quando permaneceu mais ou menos constante até 2006, com tendência de queda. No primeiro ano de vigência efetiva da Lei Maria da Penha, em 2007, as taxas sofreram discreto decréscimo e voltaram a crescer rapidamente em seguida, até o ano de 2010.

De forma conclusiva, o citado relatório do CNJ (2013), partindo da análise dos dados do Mapa da Violência 2012 e da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad/IBGE), pontua o seguinte:

1) A violência contra a mulher é significativamente expressiva no Brasil, mesmo após o advento da Lei Maria da Penha, uma vez que os registros de homicídio e agressão tem aumentado nos últimos anos. O decréscimo nas taxas de homicídio no ano de aplicação da Lei Maria da Penha e o subsequente aumento dessas mesmas taxas nos anos seguintes indica que as políticas atuais necessitam de constante avaliação

---

<sup>28</sup> Na literatura feminista, a violência conjugal é frequentemente associada à violência contra a mulher ou violência doméstica, por ser predominantemente praticada pelo homem e ocorrer no espaço doméstico e familiar – na grande maioria dos casos, a mulher é a vítima e o homem o agressor. Nessa forma de violência, a questão de gênero é um fator preponderante (juntamente com outras categorias sociais, como classe e raça/etnia) na produção das relações de poder e dominação. Sobre essa perspectiva de análise, ver especialmente os trabalhos de Heleieth Saffioti (2001, 2004).



para a efetiva redução do quadro de violação dos direitos das mulheres. 2) Embora mais homens que mulheres sejam vítimas de violência no Brasil, as características dos crimes são essencialmente diversas, uma vez que a violência contra a mulher geralmente acontece na esfera doméstica. 3) Em quase metade dos casos, o perpetrador é o parceiro, ex-parceiro ou parente da mulher, o que denota a vulnerabilidade da mulher no âmbito de suas relações domésticas, afetivas e familiares.

Em alguns países, inclusive, considera-se que os homens possuem o direito de disciplinar as mulheres da forma que considerem adequada. Mesmo as mulheres entendem como justificadas certas violências em determinadas circunstâncias. Maria Cláudia Crespo Brauner e Paula Pinhal de Carlos (2004, p. 134-135) aduzem:

A categoria gênero, que emergiu nesse momento, teve como um dos seus objetivos buscar a desconstrução da hierarquia sexista, instaurando, assim, uma suposta equidade entre homens e mulheres. As desigualdades de gênero serão pautadas nessas diferenças. A violência de gênero, por sua vez, será, ao mesmo tempo, uma expressão de desigualdade e um meio para a sua manutenção. Falar de violência de gênero pressupõe o entendimento de que homens e mulheres têm uma participação não igualitária em função de sua condição sexual e que participam de um universo que legitima as desigualdades. A violência contra a mulher encontra respaldo em normas sociais baseadas nas relações de gênero, ou seja, em regras que reforçam uma valorização diferenciada para os papéis masculino e feminino.

Persiste, ainda, na mentalidade de muitos homens, que devem afirmar sua masculinidade, sua superioridade. Para tanto, se necessário, devem assumir condutas, firmes, grosseiras, violentas, enfim, condutas de “macho”, muito embora a igualdade jurídica entre os gêneros tenha sido legitimada em vários diplomas legais, especialmente pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil vigente. De mais a mais, resta evidente que os índices de violência doméstica, especificamente contra as mulheres, são alarmantes. A violência doméstica, inclusive, atinge as mais variadas camadas sociais, sendo as principais vítimas as mulheres, as crianças e os idosos.

Nesse cenário, marcado pela instabilidade familiar e pelos altos índices de violência doméstica, verifica-se a necessidade da utilização de métodos pacíficos de solução de conflitos, que resgatem o diálogo, tais como a mediação. Quando há a possibilidade de estabelecimento do diálogo equilibrado, para conflitos dessa

natureza, a própria vontade das partes corresponde uma verdadeira justiça. Sobre o tema, Maria Nazareth Serpa (1999, p. 17) dispõe:

[...] a realidade dos conflitos familiares contém um indistinto emaranhado de conflitos legais e emocionais, e quando não são resolvidos pelos protagonistas, transformam-se em disputas intermináveis nas mãos de terceiros, deixando sérias marcas na sociedade.

Por fim, Daniele Ganância (2001, p. 7) assevera que “os conflitos familiares, antes de serem conflitos de direito, são essencialmente afetivos, psicológicos, relacionais, antecidos de sofrimento”. Assim, para haver uma solução de eficácia, é muito importante observar os aspectos afetivo-emocionais.

#### **4.1.2 A Mediação e os Novos Ditames Legais: Uma Mudança de Paradigma Está em Curso**

O Poder Judiciário, que possui a função primordial de aplicar o direito ao caso concreto, notadamente, é capaz de solucionar conflitos de natureza familiar de forma adequada, desde que sua estrutura favoreça o diálogo. Nos dias atuais, entretanto, a burocracia, o excesso de demandas e a morosidade de seus procedimentos dificultam a solução dos conflitos familiares de forma satisfatória. Nesse sentido, faz-se necessária a utilização de outros métodos de composição de conflitos que tratem das questões familiares de modo eficaz, a exemplo da mediação.

Segundo Kazuo Watanabe, é atribuição estatal organizar os “meios alternativos”, ao lado dos mecanismos tradicionais e formais já em funcionamento: “é importante que o Estado estimule a criação desses serviços, controlando-os convenientemente, pois o perfeito desempenho da justiça dependerá, doravante, da correta estruturação desses meios alternativos e informais de solução de conflitos de interesses” (TARTUCE, 2016, p. 166). Não obstante, preleciona Fernanda Tartuce (2016, p. 166-167):

Obviamente não se intenciona a eliminação da atividade jurisdicional clássica nem sua substituição pelos meios ditos alternativos. Pretende-se a coexistência de todos os métodos acessíveis para que se configure um sistema pluriprocessual eficiente e adequado para a composição efetiva das

controvérsias verificadas. A relação entre as diversas formas de composição de conflitos, portanto, é de complementaridade.

Nessa linha, o ato nº 379/2009, do Presidente do Senado Federal (senador José Sarney), instituiu uma Comissão de Juristas – presidida pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux – para elaborar o Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015. Em pouquíssimo tempo, a Comissão apresentou ao Senado Federal o resultado do seu trabalho, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166/2010. O Projeto de Novo Código, depois de sofrer consideráveis alterações de conteúdo durante os quase quatro anos em que tramitou, finalmente, em 16 de março de 2015, foi sancionado, tendo o Novo Código de Processo Civil vindo a lume pela Lei nº 13.105 (TARTUCE, 2016, p. 263).

A referência aos meios consensuais aconteceu de forma recorrente durante os debates legislativos. Havia, no projeto, uma valorização do consenso e uma preocupação em criar, no âmbito do Judiciário, um espaço não apenas de julgamento, mas de resolução de conflitos, elemento apto a um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido. Segundo a comissão de legisladores do Código de 2015, a disciplina dos meios consensuais de solução de conflitos busca dar-lhes “todo o destaque que modernamente eles têm tido” (TARTUCE, 2016, p. 263).

Em paralelo, depois de mais de dez anos em trâmite do PLS nº 4.827/1998 (que redundou no PLS nº 94/2002 e restou estagnado no Congresso Nacional), em 2011, foi apresentado o PLS nº 517 para prover a regulação das mediações judicial e extrajudicial. Em 2013, foram criadas duas comissões para apresentar diferentes projetos de lei: uma Comissão do Senado atuava para mudar a Lei de Arbitragem e abordar a mediação privada, e a Comissão do Ministério da Justiça visava tratar da mediação nos âmbitos judicial e privado, estabelecendo um marco regulatório.

Esses projetos somaram-se ao PLS nº 517/2011 e resultaram no Projeto nº 7.169/2014<sup>29</sup>, que tinha o objetivo de uniformizar e compatibilizar os dispositivos do

---

<sup>29</sup> Como destacado, por 17 anos, diversos projetos de lei sobre mediação tramitaram no Congresso brasileiro; considerando a primeira grande iniciativa engendrada em 1998, após muitos movimentos, finalmente, a normatividade tornou-se real. O Código de Processo Civil de 2015 contempla regras sobre

CPC de 2015 e da Resolução n° 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), regulando, assim, os aspectos que ainda não possuíam tratamento legal. Após a fase de debates legislativos, que gerou alterações no texto-base, o projeto foi encaminhado à sanção presidencial e deu origem à Lei n° 13.140<sup>30</sup>, que foi promulgada em 26 de junho de 2015 e publicada em 29 de junho de 2015.

O CPC, promulgado em 16 de março de 2015, portanto, traz regras sobre a mediação judicial em dezenas de dispositivos; sua entrada em vigor, após a *vacatio legis* de um ano, deu-se em março de 2016.

A Lei de Mediação, promulgada em 29 de junho de 2015, prevê regras sobre a mediação nos âmbitos judicial e extrajudicial e teve *vacatio legis* de seis meses, entrando em vigor em dezembro de 2015. Como apontado, embora as leis contenham previsões semelhantes, também há discrepâncias em relação a algumas de suas regras<sup>31</sup> (TARTUCE, 2016, p. 265).

---

a mediação judicial em diversos dispositivos. O legislador, contudo, não pareceu satisfeito nem disposto a deixar que o Código processual se tornasse o marco legal sobre o tema. A Lei de Mediação foi prevista para incidir no ordenamento antes do CPC de 2015. Embora se verifique a semelhança entre alguns dispositivos dos diplomas legais mencionados, há também diferenças marcantes entre as previsões de ambos. Daí a necessidade de um estudo sistematizado sobre esta temática.

<sup>30</sup> A Lei conta com 48 artigos e é dividida em três capítulos. O Capítulo I trata da mediação, prevendo disposições gerais e regras sobre os mediadores (divididas em seções sobre disposições comuns, mediadores extrajudiciais e mediadores judiciais). Há também previsões sobre o procedimento de mediação distribuídas em seções sobre Disposições Comuns, Mediação Extrajudicial, Mediação Judicial, Confidencialidade e suas Exceções. O Capítulo II versa sobre a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de Direito público, trazendo disposições comuns e regras sobre os conflitos envolvendo a Administração Pública federal direta, suas autarquias e fundações. O Capítulo III contempla as disposições finais entre os arts. 41 e 48. As regras dos capítulos I e II foram parcialmente expostas no capítulo anterior e serão abordadas mais adiante; cumpre-nos, nesse momento, abordar as principais disposições que findam a Lei de Mediação. De acordo com o parágrafo único do art. 42 da Lei n° 13.140/2015, a mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria.

<sup>31</sup> "Para entender como pode se dá a interação entre as leis, é preciso analisar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: o Decreto-Lei n. 4.657/1942 contempla relevantes critérios de hermenêutica jurídica a serem cotejados pelo intérprete caso, no momento de aplicação das normas, constate imperfeições.

[...]

Tal diretriz trabalha com o referencial de vigor das leis. Sob tal prisma, uma primeira questão a ser respondida é: qual seria a lei posterior? Se considerarmos a publicação, lei posterior é a Lei de Mediação, que adveio três meses depois do CPC de 2015. Contudo, como ela integrou o ordenamento jurídico antes (por sua *vacatio legis* ser mais curta), em termos de vigor o CPC veio ao ordenamento depois.

De todo modo, a tendência não é falar pura e simplesmente em revogação. Como já apontado, a apresentação do Projeto de Lei n. 517/2011 (que redundou na Lei n. 13.140/2015) foi justificada pela necessidade de criar um sistema de mediação afinado com o CPC de 2015 e a Resolução n. 125 do CNJ44. Nessa linha, se fosse interesse dos legisladores revogar previsões do CPC, a Lei de Mediação o teria feito expressamente.

Comumente, afirma-se que as relações mais propícias à utilização da mediação são aquelas em que o vínculo entre as partes é permanente. Afinal de contas, como as partes continuarão, de certa forma, convivendo, uma saída conjunta para a controvérsia pode proporcionar-lhes melhores condições de continuar o relacionamento em bases civilizadas.

Nesse desiderato, Mauro Cappelletti (2014, p. 36), ao pontuar a noção de justiça conciliatória, entendeu-a como mais pertinente nos casos em que as pessoas são forçadas a conviver constantemente. Nesses casos, a solução contenciosa poderia conduzir a uma maior e ainda mais efetiva exacerbação dos ânimos, ao passo que uma solução coexistencial seria vantajosa para todos.

Dessa forma, andou muito bem o CPC de 2015 ao dispor que a mediação será adotada, preferencialmente, em relações marcadas por um vínculo pretérito entre as partes, enquanto a conciliação abordará, preferencialmente, conflitos ligados a relações episódicas. Vale frisar, inclusive, que a previsão foi feliz ao destacar o termo “preferencialmente”, porque mesmo em relações episódicas pode-se utilizar a mediação e deixar que os próprios envolvidos elaborem a saída consensual sem que o terceiro imparcial faça sugestões quanto ao mérito, preservando a autoria e a maior chance de cumprimento espontâneo da avença (TARTUCE, 2016, p. 319).

Aqui, vale pontuar um estudo empreendido pelo Ministério da Justiça em 2004 para identificar as iniciativas existentes em nosso país no tocante à adoção de métodos alternativos:

### **Distribuição dos programas de administração alternativa de conflitos segundo área de atuação**

#### **Brasil 2004**

Tipo de programa	Frequência	%
------------------	------------	---

---

No mais, vale lembrar como se opera a revogação segundo a Lei de Introdução: ‘a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior’ (art. 2.º, §1.º); contudo, se a lei nova vier a estabelecer disposições gerais ou especiais diversas das já existentes, não revogará nem modificará a lei anterior (§ 2.º)” (TARTUCE, 2016, p. 269).

Conflitos interpessoais em geral	40	59,7
Conflitos de gênero/família	18	26,9
Conflitos trabalhistas	2	3,0
Conflitos de propriedade e posse	1	1,5
Conflitos em relações de consumo	1	1,5
Acidentes de trânsito	1	1,5
Moradia, saúde, educação	1	1,5
Não responde/recusa	3	4,5
<b>Total</b>	<b>67</b>	<b>100</b>

**Fonte:** Sistemas de administração alternativa de conflitos. Secretaria da Reforma do Judiciário/Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud).

Desse modo, a mediação pode ser utilizada nos mais diferentes tipos de conflitos, tais como: questões cíveis, familiares, comerciais, escolares, de vizinhança, ambientais e conflitos provenientes de relações de consumo. Contudo, é nas questões de família que a mediação encontra sua mais adequada aplicação.

O Direito das famílias pode ser considerado, sem sombra de dúvidas, o mais humano dos ramos jurídicos; afinal, trabalha valores personalíssimos e busca dar segurança e proteção à pessoa desde o seu nascimento, assegurando o respeito à sua dignidade. Nesse aspecto, em respeito à sua capacidade de autodeterminação, o indivíduo deve estar pronto para definir os rumos de seu destino, sabendo identificar o melhor para si sem necessitar da decisão impositiva de um terceiro que não conhece detalhes de sua relação controvertida. De mais a mais, ressaí a importância da mediação porque o sistema jurídico brasileiro valoriza e fomenta a realização de atos negociais pelos indivíduos; prova disso é que, na ordem jurídica brasileira, o consenso permite a celebração de escrituras públicas de divórcio e inventário que envolvam pessoas maiores e capazes representadas por advogado(s) (TARTUCE, 2016, p. 330).

Nesse cenário, destaque-se que o afeto se revela como ponto nuclear no direito das famílias, o que suscita especificidades consideráveis no trato do tema. Inicialmente, as entidades familiares eram focadas na relação de poder (e dominação) dos pais em relação aos filhos. Após significativas mudanças, passou-se a conceber tais relações

em sua índole afetiva; todavia, há, ainda, constante tensão entre a configuração da família ora como relação de poder, ora como de afeto (HIRONAKA, 2007).

A multidisciplinariedade, portanto, revela-se necessária para a compreensão da situação dos indivíduos nas relações familiares: com o apoio da psicanálise, da psicologia, da assistência social e da sociologia, podem ser, evidentemente, mais valoradas as questões sociais e as condições psicológicas das partes, bem como ser melhor compreendida sua realidade.

Nesse cenário, os sete artigos presentes no CPC de 2015, no Capítulo referente às “Ações de Família” (art. 693 a 699), tratam majoritariamente do fomento ao consenso nesses casos e da inserção de algumas regras peculiares a esse tipo de demanda. A primeira diretriz voltada ao consenso consta no art. 694<sup>32</sup>, segundo a qual “todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia”. A previsão, portanto, é salutar, pois é essencial disponibilizar elementos para que os membros da família possam reforçar tal instituição de forma que ela mesma supra suas necessidades sem precisar delegar a solução de suas crises a terceiros (TARTUCE, 2016, p. 334).

A citada multidisciplinariedade dos meios consensuais, notadamente, está reconhecida no dispositivo, que determina que o juiz deve dispor “do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”. Assim, a requerimento das partes ou do mediador, e com anuência daquelas, poderão ser admitidos outros mediadores para funcionar no mesmo procedimento quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito (Lei nº 13.140/2015, art.15). Recomenda-se a atuação conjunta, por exemplo, quando se revelar pertinente contar com facilitadores de diferentes gêneros e formações. Por sua vez, o parágrafo único do art. 694 do CPC dispõe que, a requerimento das partes, o processo poderá ser suspenso enquanto as partes se submetem à mediação

---

<sup>32</sup> 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.

extrajudicial, reconhecendo a importância do desenvolvimento de tal atividade também fora do controle do Poder Judiciário.

A suspensão é possível, também, quando as partes se submeterem a “atendimento multidisciplinar”. Assim, o atendimento multidisciplinar parece ser orientado a casos que demandem acompanhamento psicossocial e até médico, como os que envolvem patologias sociais (violência doméstica, maus-tratos etc.) ou médicas (como problemas psiquiátricos) (TARTUCE, 2016, p. 334).

Há muito tempo, as, muitas vezes, tensas relações familiares careciam de recursos adequados para situações de conflito, distintos da negociação direta, da terapia e da resolução judicial. Nessa ordem de ideias, a mediação vem se destacando como uma eficiente técnica que valoriza a coparticipação e a coautoria. Como já analisado, a mediação consiste em um método eficaz de composição de conflitos, em que um terceiro capacitado e imparcial, denominado mediador, auxilia as partes na consecução de um acordo mutuamente satisfatório, melhorando o diálogo e a comunicação entre os envolvidos. A pacificação social e a prevenção da má administração de novos conflitos, como visto, são objetivos importantes da mediação.

Lilia Godau dos Anjos Pereira Biasoto (MUSTZKAT, 2003, p. 245) destaca que:

A mediação Familiar e conjugal vem ao encontro dessa necessidade de obter instrumentos de intervenção sobre questões relacionadas à violência, em que as partes estejam envolvidas na busca de soluções para conflitos, que não as agressões físicas. A mediação como possibilidade de desenvolvimento de um contexto flexível para o manejo de disputas tem demonstrado sua eficácia e congrega uma série de vantagens; o mediador é o terceiro elemento que possibilita a criação de um contexto favorável à negociação das diferenças e ao estabelecimento de uma comunicação funcional.

A autora Danièle Ganância (2001, p. 12), a respeito do tema, acrescenta que: “A mediação familiar é, antes de tudo, o lugar da palavra em que as partes, num face a face, sem outra testemunha, poderão verbalizar o conflito e assim tomar consciência de seu mecanismo e do que está em jogo”.

Nesse jaez, observa-se que a mediação familiar facilita a manutenção dessas relações continuadas, realizando uma mudança de paradigma. Esse processo



estimula as partes a observarem positivamente os conflitos, entendendo-os como fatos naturais. A partir dessas transformações, os parentes passam a conviver melhor, evitando novos conflitos<sup>33</sup>.

Com vistas a clarear o entendimento, Ana Célia Roland Guedes Pinto (2001, p. 75) dispõe que: “[...] Cabe ao mediador entender o que se passa na família e qual o lugar que ocupam os indivíduos, sobretudo as crianças, fazendo o exame do sistema familiar, fortalecendo-o para que encontre o caminho da autonomia”.

Desta forma, o mediador deve frisar sempre a capacidade que os familiares envolvidos possuem de resolver seus conflitos, destacando que os efeitos da sessão de mediação devem contribuir para a reorganização e manutenção das relações parentais. O mediador, também, deve utilizar palavras com objetivo de aumentar a autoestima dos mediados.

Normalmente, nos conflitos familiares, os mediados ingressam no processo de mediação depressivos e desanimados, com tendências autodestrutivas. Assim, para uma mediação ser satisfatória, o mediador precisa conquistar a confiança das partes, especialmente quando se trata de conflitos familiares. Isso porque os envolvidos precisam sentir-se confortáveis e confiantes para expor suas dificuldades, que estão sempre relacionadas à vida pessoal e à intimidade. Portanto, o mediador precisa enfatizar a incidência do princípio da confidencialidade e, mais ainda na mediação familiar, precisa permanecer atento às suas próprias emoções, no sentido de conservar sua imparcialidade. Sem dúvidas, desafiadora é a função desse profissional, vez que, mesmo se tratando das sensíveis questões de família, deve controlar seus impulsos, não deixando, de forma alguma, transparecer suas opiniões.

---

<sup>33</sup> Nesse sentido, cumpre destacar que o mediador diferencia-se do terapeuta. O processo da mediação familiar é breve e objetiva solucionar de forma pacífica os problemas dessa natureza, possibilitando uma convivência futura, mesmo depois dos conflitos. A terapia, por sua vez, é mais duradoura e objetiva ocasionar mudanças profundas no comportamento dos familiares. Além disso, o mediador focaliza as discussões no presente e no futuro, enquanto o terapeuta enfoca problemas anteriores ou passados. Como já salientado, os conflitos familiares possuem uma carga emocional que muitas vezes dificulta uma resolução adequada do conflito. Geralmente, as pessoas que chegam a uma sessão de mediação para resolver uma querela familiar já possuem um ponto de vista formado que foi construído ao longo das discussões e que deve ser defendido a qualquer custo.

Com efeito, para uma eficaz mediação familiar, o mediador precisa compreender o dinamismo das relações dessa natureza. Nos casos de separações e divórcios, por exemplo, é muito aconselhável que os mediadores incentivem, primeiramente, as soluções pertinentes às questões patrimoniais – divisão dos bens. Quando envolve filho, o mediador deve sempre ressaltar a importância da coparentalidade e da solidariedade para que sejam resolvidas as disputas sobre: guarda, regime de visitas, pensão alimentícia.

Nesse processo, o mediador pode utilizar-se de perguntas abertas, que auxiliam na conscientização dos mediados, tais como: você acha que essa quantia é necessária para a manutenção de seus filhos? O que você pensa que pode ser feito para amenizar o sofrimento? O que você sentiria caso estivesse no lugar de seu parceiro? Etc.

Por término, é importante ponderar que, em todo o procedimento, é necessário que o mediador permaneça atento para averiguar se a mediação realmente é o instrumento mais adequado à solução daquele conflito familiar. Nesse sentido, quando não houver interesse do casal em resolver o conflito ou quando não existir a boa-fé e o equilíbrio entre as partes, o mediador deve encerrar a sessão.

Outra situação que também exige o término do processo configura-se quando há violência conjugal, muitas vezes influenciada por sentimentos de vingança. Em suma, a cartilha sobre mediação utilizada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (2015, p. 16) aponta como papel do mediador familiar:

- a) Estabelecer sua credibilidade como uma terceira pessoa imparcial e explicar o processo e as etapas da mediação;
- b) Acompanhar os pais na busca de um entendimento satisfatório a ambos, visando aos interesses comuns e de seus filhos;
- c) Favorecer uma atitude de cooperação, inibindo a confrontação frequentemente utilizada pelo sistema tradicional;
- d) Encorajar a manutenção de contato entre pais e filhos;
- e) Equilibrar o poder entre os cônjuges favorecendo a troca de informações;
- f) Facilitar as negociações.

Diante do exposto, para atuar nos conflitos familiares, o mediador precisa estar constantemente capacitado, tendo em vista a complexidade dos problemas dessa natureza.

## 4.2 O PROJETO DO BALCÃO DE JUSTIÇA E CIDADANIA

Considerando o projeto do Balcão de Justiça e Cidadania, especialmente, a experiência promovida pelo Tribunal de Justiça da Bahia, observa-se que a mediação tem trazido impactos relevantes na seara familiarista. Na sequência, o presente estudo segue a análise do projeto em lide com foco no objeto científico proposto.

### 4.2.1. O Contexto de Formação do Projeto Balcão de Justiça

Como anunciado, os métodos complementares de resolução de conflitos nos quais a mediação se inclui vêm sendo estimulados como uma alternativa ao elevado grau de litigiosidade e de demandas, face à necessidade de se efetivar o acesso à justiça. Com a intenção de alcançar a efetividade da experiência da mediação é que o estado da Bahia, em 2003, criou um projeto, Balcão de Justiça e Cidadania, para oferecer uma justiça mais rápida, de baixo custo, humana, eficaz e dirigida a pessoas de baixa penetração econômica, social e cultural. O projeto utiliza a mediação na comunidade e atende bairros de Salvador e outras cidades do interior.

Este estudo é o resultado do trabalho desenvolvido pelo autor no Balcão de Justiça e Cidadania no bairro do Imbuí, do qual é supervisor desde o começo do ano de 2014. Esta unidade fica situada no Núcleo de Práticas Jurídicas da Faculdade Ruy Barbosa – Paralela e atende comunidades carentes que ficam ao redor.

As teorias sobre a mediação desenvolvidas em países distintos são muito parecidas em todo o Ocidente. O conceito, os princípios e os procedimentos se assemelham, mas quando se analisa a sua aplicabilidade, nota-se que a mediação assume características próprias para se adequar à realidade de cada local. A estrutura social, econômica e jurídica do Brasil tem passado por profundas transformações nos últimos anos, sendo certo que há um longo caminho a ser percorrido para que o país

consolide, efetivamente, o estado democrático de direito que, necessariamente, passa a garantir os direitos fundamentais, especialmente aos mais pobres (LISBOA, 2014).

Há, portanto, um movimento no sentido de que o monopólio jurídico estatal cede para prestigiar a autonomia privada, especialmente aos mecanismos complementares de solução de conflitos, principalmente a mediação. Nesse sentido, o poder judiciário tem incentivado essas práticas como forma de incrementar o acesso à justiça e diminuir a situação de crise. Inegavelmente, esse apoio institucional tem fortalecido a mediação no Brasil, sendo o projeto do Balcão de Justiça e Cidadania um exemplo marcante, desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Nos últimos anos, o projeto alcançou o *status* de política pública orientada para aperfeiçoar a administração da justiça. Os efeitos dos resultados alcançados têm repercutido de forma positiva no sentido de se repensar a cultura do litígio, tão enraizada na tradição jurídica do país. A população local, inclusive, tem reconhecido a importância dos balcões como parte da vida cotidiana das comunidades, como uma alternativa viável para se resolver os conflitos (LISBOA, 2014).

O marco legal do projeto é a resolução 011/2003 do Tribunal de Justiça da Bahia, segundo a qual, no uso de suas atribuições, considera a necessidade de encontrar meios para oferecer um serviço de promoção de justiça mais eficiente frente às vulnerabilidades do poder judiciário. Assim, foi criada essa estrutura de trabalho, dirigida para usar a mediação e a conciliação como forma de resolver conflitos no seio das comunidades. Outra finalidade do projeto é fomentar a cidadania a partir de uma educação cidadã em que os indivíduos discutem seus direitos e deveres, ao mesmo tempo em que são estimulados a criar soluções para seus conflitos independentemente da atuação estatal.

De acordo com a mencionada resolução, as unidades devem ser instaladas em locais estratégicos dentro das comunidades carentes, preferencialmente em associações de bairros, centros comunitários, escolas, para facilitar o acesso ao cidadãos. Ali, toda a estrutura e procedimentos estão orientados no sentido de oferecer um serviço adequado à realidade daquelas pessoas, sem excesso de formalismo, ao contrário, com simplicidade e oralidade.

O serviço dos balcões é gratuito e visa favorecer as pessoas no estado da Bahia que não possuem condições culturais e econômicas de acesso à justiça pelas vias formais. A principal atividade desenvolvida é a mediação comunitária, exercida por mediadores voluntários, estudantes de direito e de psicologia, capacitados para o exercício da função, orientados por um advogado mediador (LISBOA, 2014).

Nesse sentido, não é necessário que as partes contratem advogados para representá-las, já que, inclusive, o público a que se oferece o serviço não tem condições financeiras. Em cada uma das unidades existe um advogado capacitado, com qualificação para ser mediador, que coordena as atividades, auxilia os voluntários e assina os acordos.

Compete aos Balcões de Justiça e Cidadania oferecerem orientação, assistência jurídica, conciliação e mediação de conflitos referentes a questões civis de menor complexidade, bem como determinados conflitos de natureza familiar. São excluídos da competência dos balcões as questões fiscais, interesse da fazenda pública, ações relacionadas a acidente de trabalho, bem como os temas penais.

O funcionamento dos balcões depende de convênios estabelecidos entre o respectivo tribunal e órgãos da administração pública, entidades providas ou instituições de ensino superior, especialmente aquelas que oferecem cursos de carreira jurídica e psicologia. Tais convênios permitem um incremento na formação dos estudantes, pois oferecem aos alunos uma visão diferenciada, experimentada na prática, das formas de administração dos conflitos diferentes da terapia e do litígio (LISBOA, 2014).

Esse projeto surgiu em 2003, com grande publicidade nacional e local, por meio de convênios com instituições e lideranças comunitárias, sendo que sua principal finalidade consistiu em conquistar a confiança da população e divulgar suas objetivos e procedimentos. Nesse sentido, foram necessários criar mecanismos de conscientização dentro das comunidades para que as pessoas conseguissem distinguir as atividades ali desenvolvidas com o processo judicial (LISBOA, 2014).

No início, algumas pessoas, por falta de conhecimento, sentiam-se ameaçadas ao receberem a carta convite do Balcão de Justiça, porque pensavam que o documento se tratava de processo judicial. A justiça ainda era um mito para os menos favorecidos, uma vez que sua estrutura não havia sido adequada para acolhê-los.

#### **4.2.2 Os impactos dos serviços prestados pelo BJC na desjudicialização das demandas familiaristas**

Atualmente, os balcões fazem parte da vida cotidiana das pessoas que vivem nas comunidades beneficiadas. Também, por outro lado, foi necessário conquistar a confiança e respeito dos juízes, membros da própria instituição que patrocina o projeto. Não raro, os magistrados mais antigos apresentavam resistência para reconhecer a validade dos acordos, ponto superado pela criação de uma secretaria específica para os balcões, onde trabalha um juiz específico que homologa os acordos. Assim, por conta dos resultados obtidos ao longo dos anos, hoje, os membros do tribunal de justiça têm apoiado o desenvolvimento deste brioso projeto.

Dentro desse cenário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da resolução nº 125 do ano de 2010, instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses<sup>34</sup>, impulsionando as técnicas de mediação e conciliação, que passaram a ser efetivadas através de Centros Judiciários e Núcleos Permanentes de resolução de conflitos. O Código de Processo Civil de 2015<sup>35</sup>, por sua vez, recepcionou esta resolução do CNJ, o que reforça a adoção da mediação e conciliação para resolver controvérsias.

Assim, o projeto Balcão de Justiça e Cidadania, criado no ano de 2003, completou 10 (dez) anos de prestação ininterrupta de serviços à população no ano de 2016, já que passou por alguns ajustes e interrupções em seu início. Muito embora tenham sido

---

<sup>34</sup> R. nº125/2010, Art. 1º. Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade [...].

<sup>35</sup> CPC, 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.

criados antes da formulação dos atuais Centros Judiciários de Solução de Conflitos (Cejusc), os Balcões de Justiça e Cidadania são, hoje, considerados modalidade Cejusc (BAHIA, 2016).

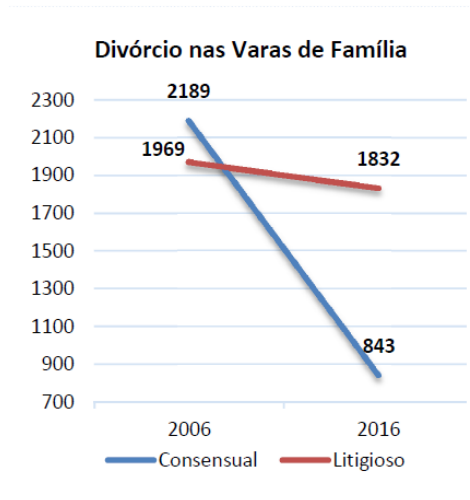
Em Salvador-BA, os balcões conservam a característica originária, resumida pela atuação nos bairros (proporcionando a facilitação do acesso à Justiça) e pelo exercício da autocomposição pré-processual, o que faz desse projeto uma prática peculiar e inconfundível, traduzida pelo *slogan*: “A Justiça mais perto de você”, que já efetuou perto de 1 milhão de atendimentos desde a sua retomada, no ano de 2006, sem se computar os atendimentos realizados em eventos de cidadania e os realizados na Secretaria Jurídica de Salvador (BAHIA, 2016). Observe-se a tabela abaixo:

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	Soma
Acordos de Família	2843	5321	9182	13193	14960	16618	13006	12451	13671	13103	114.348
Acordos Cíveis	875	1877	1254	2073	2198	2139	1235	2108	1529	1432	16.720
Soma	3718	7198	10436	15266	17158	18757	14241	14559	15200	14535	131.068
Audiências	5857	13105	21082	27764	30097	31482	23142	23155	23875	21934	221.493
Orientação Jurídica	10690	20659	29341	34738	38006	49997	39003	44877	51917	54177	373.405
Atendimento inicial	9799	17184	26163	33467	36826	44077	35315	33857	33838	31465	301.991
Soma	26346	50948	76586	95969	104929	125556	97460	101889	109630	107588	896.901

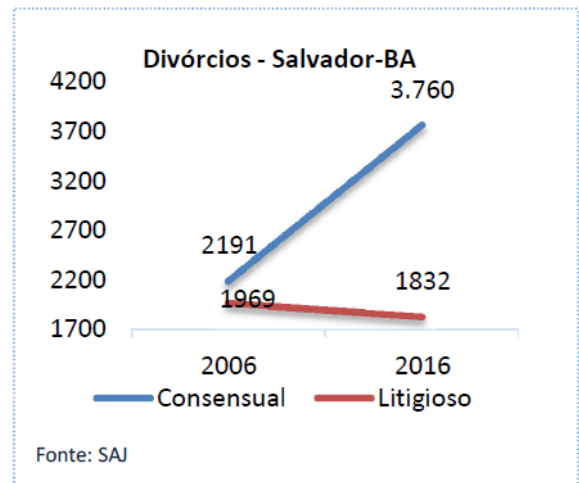
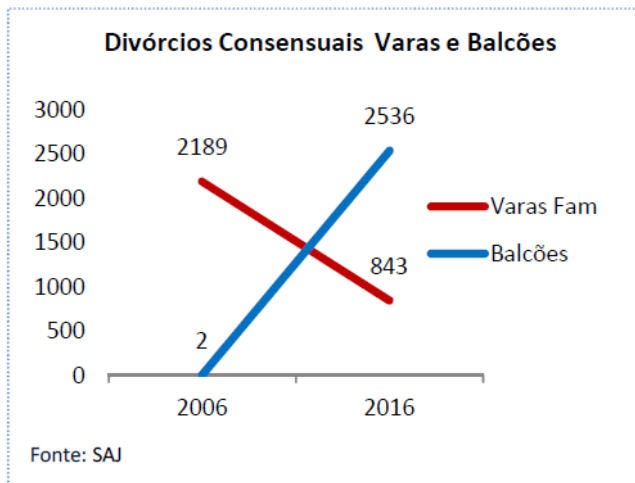
Fonte: TJBA, 2016. Balcões de Justiça e Cidadania – Cejusc – 10 anos de resultados

Atuando, principalmente, em casos de família, os Balcões de Justiça e Cidadania, no final do ano 2016, conseguiram atingir o seu principal objetivo: a redução da litigiosidade (em termos processuais), demonstrada em números retirados do sistema processual.

Nos últimos dez anos, a queda das ações de divórcio nas 14 (catorze) varas de família foi significativa, mesmo depois de proporcionados incrementos pelo poder público, como a manutenção das atividades do Núcleo de família (atual Cejusc de Família), destinação de um fórum específico para a instalação das varas de família, além do crescimento das atividades da Defensoria, incrementos esses muito superiores a aqueles verificados no projeto BJC. Todavia, nos Balcões, ocorreu um crescimento substancial dos divórcios consensuais, o que fez com que na comarca de Salvador se verificasse um acentuado crescimento dos feitos dessa classe processual e um leve decréscimo de divórcios litigiosos, conforme os gráficos que seguem:



Fonte: TJBA, 2016. Balcões de Justiça e Cidadania – Cejusc – 10 anos de resultados



Fonte: TJBA, 2016. Balcões de Justiça e Cidadania – Cejusc – 10 anos de resultados

Nota-se que a redução de procedimentos ocorreu nas varas de família, mas não em outros juízos nos quais a oferta da autocomposição pré-processual não aconteceu, conforme tabela a seguir:



Processos Distribuídos nos anos de 2006 e 2016

Comarca de SSA	Proc distribuídos			
	Unidade	2006	2016	%
1ª Vara Cível		654	1.290	197%
2ª Vara Cível		578	1332	230%
1ª Vara Faz Pública		1123	17.644	1571%
2ª Vara Faz Pública		1033	13.351	1292%
1ª Vara de Família		2.305	1.664	-72%
2ª Vara de Família		2.339	1.669	-71%
Balcões		17	5.434	31965%

Fonte: TJBA, 2016. Balcões de Justiça e Cidadania – Cejusc – 10 anos de resultados

Essa diminuição não se deu exclusivamente em virtude dos resultados dos Balcões de Justiça e Cidadania, mas não resta dúvida que esse projeto contribuiu significativamente para esse fato, sendo esse o seu principal objetivo: a redução da litigiosidade.

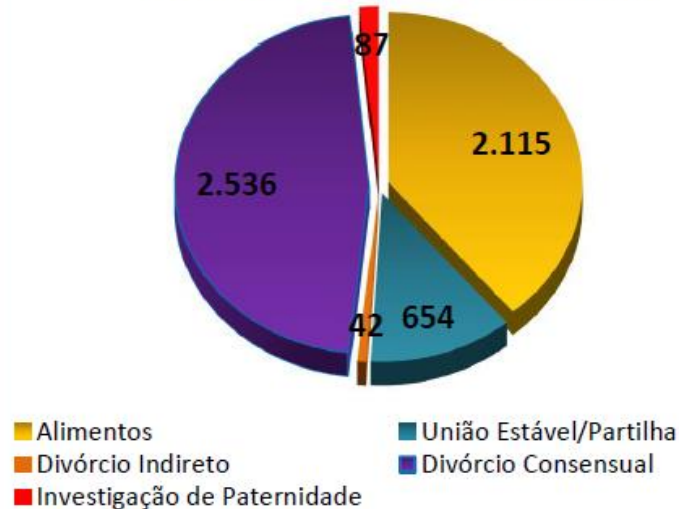
Em 2016, foi também constatado um aumento nos casos de reconhecimento de paternidade, inclusive do reconhecimento *post mortem*, o que contribuiu para a regularização do registro civil de dezenas crianças. Por meio da manutenção da pesquisa de opinião, foi possível constatar que o Projeto continua bem avaliado pelo jurisdicionado, sendo essa uma importante forma de aferição dos serviços prestados. Desde a implantação da pesquisa, já foram computadas as avaliações de 9.462 pessoas atendidas. A seguir, os números do ano de 2016 e uma breve análise. Resultados Gerais – Capital (BAHIA, 2016):

Acordos de família celebrados segundo o Sistema de Automação da Justiça (SAJ), entre 1 de janeiro de 2016 e 31 de dezembro de 2016, foram distribuídos 5.434 termos de acordos em matéria de família, celebrados nas unidades da Capital, conforme tabela a seguir:

Processos cadastrados em 2016	
Divórcio Consensual	2.536
Alimentos	2.115
Outros	783
Soma	5.434

Fonte: TJBA, 2016. Balcões de Justiça e Cidadania – Cejusc – 10 anos de resultados

### Processos cadastrados por matéria



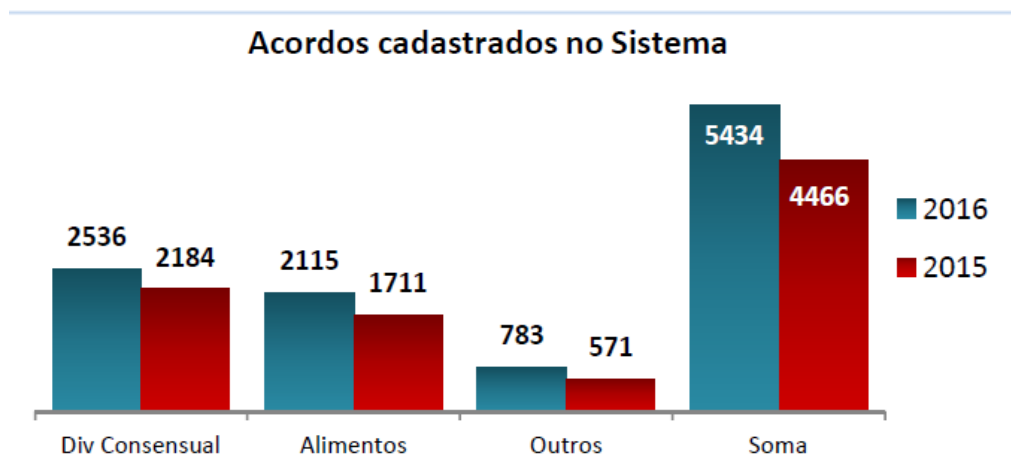
Fonte: TJBA, 2016. Balcões de Justiça e Cidadania – Cejusc – 10 anos de resultados

No mesmo período do ano anterior, foram distribuídos 4.466 novos casos, nas seguintes classes processuais:

Processos cadastrados 2015	
Divórcio Consensual	2.184
Alimentos	1.711
Outros	571
<b>Soma</b>	<b>4.466</b>

Fonte: TJBA, 2016. Balcões de Justiça e Cidadania – Cejusc – 10 anos de resultados

O gráfico a seguir ilustra o resultado constatado nos dois anos considerados. Verificou-se um incremento de 36% em relação ao exercício de 2015.



Fonte: TJBA, 2016. Balcões de Justiça e Cidadania – Cejusc – 10 anos de resultados

Além dos números obtidos no sistema processual, mostrados na tabela anterior, as unidades fornecem informações sobre a quantidade de acordos cíveis celebrados, de orientação jurídica prestada, de audiências realizadas, entre outras. A partir dessas informações, é possível verificar o seguinte panorama:

	Capital	Interior	Soma
Casos recebidos para mediação	15.147	16.318	31.465
Orientação jurídica	28.995	25.182	54.177
Acordos cíveis celebrados	661	771	1.432
Acordos de família	6.101	7.002	13.103
Total de acordos	6.762	7.773	14.535
Audiências realizadas	10.222	11.712	21.934

Fonte: TJBA, 2016. Balcões de Justiça e Cidadania – Cejusc – 10 anos de resultados

Dos relatórios recebidos, é possível extrair indicadores, como o percentual de êxito em relação à quantidade de casos mediados. Em 2016, o percentual foi de exatos 81%, tanto nas unidades situadas em Salvador quanto no conjunto de unidades instaladas nas demais cidades (BAHIA, 2016).

Verificou-se, ainda, a celeridade do atendimento em relação à designação da primeira sessão de mediação ou conciliação. O menor prazo verificado na Capital é de 2 (dois) dias, enquanto no interior existe unidade com possibilidade de agendamento da audiência para o dia seguinte ao atendimento. A maior distância entre um momento e outro foi de 30 dias, na Capital, e de 32 dias, nas unidades do interior. Esse indicador não é somente importante para a constatação do atendimento do princípio da celeridade, como também é relevante para o êxito da mediação, uma vez que a demora no agendamento da audiência pode contribuir para o agravamento dos conflitos de família e de relação entre vizinhos (BAHIA, 2016).

Por outro lado, o fato do balcão de justiça e cidadania promover um elevado número de acordos com impacto direto na desjudicialização de ações de família não significa, necessariamente, pleno êxito na pacificação das demandas. Até porque, o viéz institucional do formado “industrial” do projeto citado (“balcão”), em certa medida, entra em rota de colisão com os princípios da mediação, uma vez que a meta final das mediações não se resume na consecução do acordo. Por exemplo, em amostra,

considerando as demandas ativas do Núcleo de Práticas jurídicas da Faculdade Ruy Barbosa-Paralela, especialmente as execuções de alimentos, percebe-se que 70% delas decorrem de acordos celebrados em Balcões de Justiça (tabela abaixo).

	Parte*	Nº Processo Balcão de Justiça	Nº do Processo de Execução
01	S.S. S	0327457-28.2014.8.05.0001	0529712-67.2017.8.05.0001 0529715-22.2017.8.05.0001
02	R. C. S	467/2009	0507375-89.2014.8.05.0001
03	C. F. S.	_____	0539108-05.2016.8.05.0001
04	S. R. P.	2809293-5/2009	0113817-78.2010.8.05.0001
05	R. S. B. M.	0110529-88.2011.8.05.0001	0526157-47.2014.8.05.0001
06	L. J. A.	Acordo extrajudicial realizado no BJC Sussuarana não homologado.	0521543-96.2014.8.05.0001
07	J. O. C	_____	0018969-41.2006.8.05.0001
08	E. M. S.	_____	0536532-10.2014.8.05.0001 0536530-40.2014.8.05.0001
09	M. A. A	Acordo extrajudicial realizado no BJC Imbuí não homologado.	Ação à ser ajuizada
10	L. S. L.	0097169-86.2011.8.05.0001	Ação à ser ajuizada

Fonte: Tabela elaborada pelo com autor da presente pesquisa com dados dos processos ativos do Nucleo de Práticas Jurídicas da Faculdade Ruy Barbosa- Campus Paralela.

\*Foi apresentado apenas as iniciais do nome das representantes, dos menores interessados nas referidas ações de execução alimentícia, visando preservar-lhes o anonimato.

Dessa forma, conclui-se que a mediação, apesar de ser instrumento eficaz na desjudicialização das demandas, não pode ser encarada, especialmente no formato

do balcão de justiça e cidadania, como uma panacéia para os males do poder judiciário. Evidencia-se que há um relevante índice de acordos que, na prática, não prosperam. Nesse sentido, frise-se que o presente estudo não teve como objeto as causas do insucesso dos acordos celebrados no balcão e suas consequências-tema que poderá ser objeto de pesquisa por ocasião do doutoramento do autor.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho de pesquisa contemplou o estudo da mediação no cenário sociojurídico brasileiro, com especial destaque à vocação da mediação como método não adversarial de resolução de conflitos e sua pertinência com as necessidades dos complexos conflitos oriundos das relações familiares, mormente da família contemporânea. Nesse cenário, foram abordadas as transformações sociais, antropológicas, sociológicas e jurídicas na trajetória da família clássica à contemporânea. Sem perder de vista, por óbvio, a perspectiva jurídica-constitucional e interdisciplinar da concepção de família. Ao lado disso, foi utilizada a experiência do projeto do Tribunal de Justiça da Bahia, qual seja, o Balcão de Justiça e Cidadania, para, através de dados concretos, analisar os possíveis impactos da mediação como instrumento de pacificação social e desjudicialização das demandas familiaristas.

Diante do exposto, após o devido enfrentamento do problema científico em lide e considerando os objetivos do presente estudo científico, a guisa de considerações finais, pode-se extrair os tópicos que seguem:

A família deve ser compreendida como instituição social central, uma vez que desempenha importante papel para o desenvolvimento e socialização do indivíduo, ao tempo em que serve de termômetro que reproduz os valores éticos, morais e jurídicos espalhados no tecido social. Nesse sentido, a família é um ponto sensível sobre o qual reverberam as transformações sociais e históricas. Por outro lado, o tratamento que as políticas publicam destinam às famílias também impactam na estrutura da sociedade.

Do ponto de vista jurídico, houve uma evolução na compreensão do conceito de família, uma transição da perspectiva da família como unidade econômica para uma aceção solidária e afetiva-instrumental, no sentido de garantir o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos que a compõem. A família contemporânea deve ser vista, portanto, como um ente social, baseado em laços afetivos, não apenas na concepção jurídica, mas também da psicologia e da antropologia e da sociologia.

Nesse sentido, conclui-se que há um franco processo de desconstrução da família clássica, exclusivamente matrimonial, patriarcal, materialista e hierarquizada. Havia uma hierarquia estruturante. A família, também, era heteroparental. Não se concebia famílias com pessoas do mesmo sexo. A filiação, nesse ponto, era exclusivamente biológica. Portanto, afirma-se que a família era biologizada. Ocorre que a desconstrução do modelo clássico, atualmente, ainda não foi efetivada no plano concreto, de forma que os atores que compõem o quadro familiar estão perdidos quanto aos seus reais papéis e valores. No trabalho em foco, percebe-se que as consequências desse processo são, principalmente, instabilidade nas relações familiares, necessidade de negociações constantes e, em última instância, uma maior incidência de conflitos cada vez mais complexos.

De mais a mais, percebeu-se que a crise ora ventilada, por outro lado, repercutiu na seara familiarista em razão de, historicamente, existirem influências morais, notadamente religiosas, que terminavam por se confundir com premissas jurídicas. Nessa linha de raciocínio, tinha-se como premissa básica que o Direito de família era indisponível, pois tinha como foco uma instituição de ordem pública, o que trazia muitas intercessões de normas cogentes no direito de família. Tal crise gerou a necessidade de racionalização da intervenção estatal no direito das famílias, bem como uma crescente valorização da autonomia privada neste âmbito. Assim, o direito de família contemporâneo acumulou méritos no sentido de se ver constantemente renovado, assumindo um compromisso com a democracia nas relações familiares.

Diante do exposto, ao reboque, percebeu-se o fortalecimento de um fenômeno jurídico-processual, especialmente no direito de família, qual seja, a crescente ideia de desjudicialização dos litígios. Tal fenômeno tem seu ponto culminante no novo diploma processual civil de 2015, que, entre as suas diretrizes, destaca-se o estímulo à desjudicialização e à solução consensual dos conflitos. Nesse ponto, o citado código prevê que os métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por todos os atores processuais.

Constata-se, nessa toada, que há um claro movimento sociojurídico no sentido de renovar paradigmas no que toca aos métodos de soluções de conflitos, especialmente na seara familiarista. Evidentemente, nestas situações, há a necessidade de um

grande esforço, a começar pelos pensadores das ciências sociais e humanas, no sentido de vencer o misoneísmo típico de inovações sociais desse porte.

Em paralelo, percebe-se que há um movimento global no sentido de se buscar vencer os problemas do judiciário, notadamente ligados à administração da justiça, como é o caso do excesso exorbitante de demandas; morosidade; custos etc., que evidenciam a grave crise do poder judiciário brasileiro. Assim, como consequência deste processo, reforça-se uma busca por instrumentos mais eficazes e mais céleres de solução dos conflitos, como forma de desobstruir o judiciário, no que toca à prestação jurisdicional, bem como de promover o bem-estar social, concretizando, assim, o sentido real de acesso à justiça como o acesso a uma ordem jurídica justa.

Nessa ordem de ideias, em face à crise do judiciário, constatou-se, portanto, uma urgência na utilização de métodos de solução de conflitos mais dinâmicos e baratos. Esses métodos, não jurisdicionais e não adversariais, objetivam facilitar a autocomposição, soluções consensuais, como é o caso da mediação, conciliação e a negociação, bem como a heterocomposição não estatal, como é o caso da arbitragem.

Verifica-se que a negociação, a mediação e a conciliação constituem-se, em essência, como métodos autocompositivos, em que as partes se encontram diretamente e, de acordo com suas próprias estratégias e estilos, podem resolver uma disputa ou planejar uma transação, mediante diálogo que inclui argumentação e arazoamento.

É muito comum a associação e até mesmo a confusão entre os institutos da mediação e da conciliação. Muito embora sejam semelhantes, existem graves diferenças entre tais ferramentas, que se distinguem quanto aos seus métodos e finalidades.

A mediação e a conciliação são métodos diferentes, embora, não raro, as expressões em foco são tomadas como sinônimas. A diferença chave entre mediação e conciliação liga-se à natureza do conflito a que cada método envolve. A conciliação é indicada nos conflitos eventuais, em situações em que não existe relacionamento prévio entre as partes envolvidas, como uma batida de carros, por exemplo. O objetivo da conciliação, nesse sentido, é simplesmente a realização do acordo, evitando que o litígio se estenda ao longo do tempo. Já a mediação deve ser aplicada quando as



disputas envolvem vínculos entre as partes, notadamente, nas relações de trato continuado, em outras palavras, nas situações em que há um relacionamento entre os envolvidos anterior ao conflito, sabendo-se que, provavelmente, terão, de algum modo, que relacionar-se no futuro, como é o caso das relações de família ou mesmo de vizinhança.

Existem programas de mediação ligados ao Poder Judiciário em que, nessas situações, a mediação ocorre antes do ajuizamento da ação (denominada de pré-processual) ou no curso do processo (processual), com o sobrestamento do feito pelo juiz da causa.

Observa-se que a mediação pode ser definida como um meio não adversarial de resolução de conflitos, em que o mediador, capacitado, competente e imparcial, busca auxiliar as partes, usando técnicas de negociação, com objetivo de restabelecer o diálogo que pode resultar num acordo mutuamente satisfatório. Nessa ambiência, à mediação foi atribuída, recentemente, tamanha relevância em nosso ordenamento que uma lei inteira foi dedicada a ela, com vistas a disciplinar sua adoção tanto no âmbito judicial quanto extrajudicial (Lei nº 13.140/2015).

Em paralelo, importa destacar que os conflitos familiares possuem uma forte carga emocional. Por óbvio, essas emoções influenciam negativamente as partes e reforçam o posicionamento de disputa. Assim, os conflitos familiares tornam-se complexos, uma vez que, em razão do envolvimento emocional, como mágoas, dores, vinganças etc., obscurecem as verdadeiras causas dos problemas e os interesses por trás dos conflitos.

Nessa ordem de ideias, evidencia-se que a mediação, mormente a familiar, objetiva eliminar o verdadeiro conflito, a causa real do problema, e não simplesmente sufragar com um acordo a causa aparente, promovendo, assim, a verdadeira pacificação social. Dessa forma, a mediação apresenta uma proposta de desconstrução da relação conflituosa, permitindo que os mediados encontrem as motivações reais de suas disputas.

Com objetivo de alcançar a efetividade da experiência da mediação, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em 2003, criou Balcão de Justiça e Cidadania, projeto para oferecer uma justiça mais rápida, de baixo custo, humana, eficaz e dirigida a pessoas de baixa renda. O projeto utiliza a mediação na comunidade e atende bairros de Salvador e outras cidades do interior.

O marco legal do projeto é a resolução 011/2003 do Tribunal de Justiça da Bahia, que, considerando a necessidade de encontrar meios para oferecer um serviço de promoção de justiça mais eficiente frente às vulnerabilidades do judiciário, criou esta estrutura de trabalho, dirigida para usar a mediação e a conciliação como forma de resolver conflitos dentro comunidades. Assim, as unidades são instaladas em locais estratégicos, especialmente em associações de bairros, centros comunitários, escolas, para facilitar o acesso aos cidadãos. Nessas unidades, toda a estrutura e procedimentos estão direcionados no sentido de oferecer um serviço adequado à realidade daquelas pessoas.

Frise-se que o serviço dos balcões é gratuito e objetiva pessoas, no âmbito do Estado da Bahia, que não possuem condições culturais e econômicas de acesso à justiça pelas vias formais. A principal atividade desenvolvida é a mediação comunitária, com alta incidência nas relações de família, exercida por mediadores voluntários, estudantes de direito e de psicologia, capacitados para o exercício da função, supervisionados por um advogado mediador.

Nesse ambiente, verificou-se que, atuando principalmente em casos de família, os Balcões de Justiça e Cidadania, no final do ano 2016 conseguiram atingir o seu principal objetivo: a redução da litigiosidade (em termos processuais), demonstrado em números retirados do sistema processual. Nos últimos dez anos, houve uma queda das ações de divórcio nas 14 varas de família. Constatou-se que nos Balcões ocorreu um crescimento substancial dos divórcios consensuais, o que fez com que na comarca de Salvador se verificasse um acentuado crescimento dos feitos dessa classe processual e um leve decréscimo de divórcios litigiosos. Notou-se, inclusive, que a redução de procedimentos ocorreu nas varas de família, mas não em outros juízos nos quais a oferta da autocomposição pré-processual não aconteceu. Por óbvio, essa diminuição não se deu exclusivamente em virtude dos resultados dos

Balcões de Justiça e Cidadania, mas não há dúvida que esse projeto contribuiu significativamente para esse fato, sendo esse o seu principal objetivo: a redução da litigiosidade.

Conclui-se que a experiência do Balcão de Justiça e Cidadania na Bahia comprova a pertinência da medição como método eficaz na resolução de conflitos familiares. Nesse sentido, evidenciou-se, também, que o estado pode oferecer políticas públicas satisfatórias que incrementam o acesso à justiça, especialmente ligadas aos métodos não adversariais de resolução de conflitos – o que impacta na necessária queda da litigiosidade. Contudo, verifica-se que tal projeto, dentro do cenário jurídico nacional, ainda constitui uma pequena contribuição no que se refere ao volume de demandas das mais variadas que assoberbam o judiciário.

Por outro lado, dados empíricos mostram que um número considerável de acordos celebrados no balcão de justiça não prosperam, resultando execução judicial. Nesse sentido, percebe-se que o formato industrial do projeto, simbolizado pela nomenclatura “balcão”, não se revela adequado para suprir, efetivamente, as mazelas do judiciário, especialmente considerando as diretrizes da mediação como técnica de resolução de conflitos. Assim, por traz do discurso panfletário do relativo sucesso do projeto percebe-se, ao fundo, na verdade, que há uma tentativa de encobrir a real dimensão da crise do judiciário.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13 ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. A Ética nos Processos Desgastados Pelo Litígio. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, n.58, maio.2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALMEIDA, Renata Barbosa de e RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil, famílias**. São Paulo: Atlas, 2012.

BAHIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. **Balcões de Justiça e Cidadania – Cejusc – 10 anos de resultados**. 2016. Disponível em: [http://www5.tjba.jus.br/BJC/Atividades\\_2016.pdf](http://www5.tjba.jus.br/BJC/Atividades_2016.pdf). Acesso em: 03 jul.2017.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA D ESTADO DA BAHIA – Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec). **Mediação e conciliação de conflitos**. 2015. Disponível em: <<http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/MdCcAp.pdf>>. Acesso em: 06 jul 2017.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas**. Dissertação de Mestrado em Direito Civil. Orientador Roberto João Elias. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7 ed., rev., 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 06 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. **Código Civil brasileiro** – Lei 10.406/2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 10 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. Código Civil brasileiro de 1916 – Lei 3.071/1916. In: **Constituição – Código Civil – Código de Processo Civil**. Org. Yussef Said Cahali. 4 ed. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. **Código de Defesa do Consumidor** – Lei n.º 8.078/1990. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 05 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente** – Lei nº. 8.069/1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso em: 06 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei de Assistência Judiciária Gratuita**. Lei nº 1.060/50. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1060.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060.htm). Acesso em: 06 de maio de 2017

\_\_\_\_\_. **Lei Maria da Penha** – Lei n.º 11.340/2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em 06 de maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei de mediação**. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Poder Executivo. Brasília, DF, 26 jun. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm). Acesso em: 13 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho da Justiça Federal. **Enunciados**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/>>. Acesso em 15.jul.2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **O Poder Judiciário na aplicação da lei Maria da Penha**. 2013. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Maria%20da%20Penha\\_Web.DPJ.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Maria%20da%20Penha_Web.DPJ.pdf)>. Acesso em: 10 ago.2017.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. Campinas: Red Livros, 2001.

BORGES, Carolina Campos; COUTINHO, Maria Lúcia Rocha. Família e relações intergeracionais no brasil hoje: novas configurações, crises, conflitos e ambiguidades. In: GOMES, Isabel Cristina (Org.) **Família - diagnóstico e abordagens terapêuticas**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, p. 45 - 57, 2008.

BRAUNER, Maria Claudia. **Direito, sexualidade e Reprodução humana. Conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.

BREITMANN, Stella Galbinski; PORTO, Alice Costa. **Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz**. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

\_\_\_\_\_. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de arbitragem e mediação**, ano 10, n. 41, p. 405-424, São Paulo, abr.-jun. 2014.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública**. Uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Sociologia Jurídica**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito processual civil**, v. 1. Trad. Paolo Capitanio, com anotações de Enrico Tullio Liebman. 4 ed. Campinas: Bookseller, 2008.

CIZOTO, Sonelise Auxiliadora; DIÉGUEZ, Carla Regina Mota Alonso; PINTO, Rosângela de Oliveira. **Homem, cultura e sociedade**. Londrina: Editora e Distribuidora Educacional S.A., 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática**. Trad. Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CORRÊA, Mariza. Repensando a família patriarcal brasileira. In: ARANTES, A.A. et al. (Orgs.) **Colcha de Retalhos: Estudos sobre a Família no Brasil**. Campinas, SP: UNICAMP, p. 15- 42, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: RT, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. v. 06. Salvador: JusPodvm, 2017.

FREUD, Sigmund. **Totem e tabu**. Obras psicológicas completas. Tradução de Orizon Carneiro. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

Fundo das Nações Unidas para a População. **Vidas em comum, mundos separados** - homens e mulheres em tempos de mudanças - a situação da população mundial - 2000. - NEW YORK: FNUAP, 2000.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação e Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos.** Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2011.

GANANCIA, Daliele. Justiça e Mediação Familiar: Uma Parceria a serviço da Co-Parentalidade. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 62, mar. 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**, 14 ed. vol 1, São Paulo: Saraiva, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade civil na relação paterno-filial.** 2007. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9/4>>. Acesso em: 14 de maio de 2017.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil.** São Paulo: Edipro, 2015.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito.** Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2 ed. São Paulo: RT, 2001.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista de Estudos Históricos**, n.18, p.1-15, 1996. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/revista/arq/201.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2017.

LACAN, Jacques. **Os complexos familiares.** Tradução de Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

LEVI-STRAUSS, Claude. **As Estruturas elementares do parentesco;** tradução de Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos.** Porto Alegre: Fabris, 2003.

LISBOA, Rejane Ramos Dantas. **Balcão De Justiça E Cidadania: Uma Experiência De Acesso À Justiça Via Mescs.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias.** 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus.** Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey, 2002.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** 7 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MALUSCHKE, Júlia S.N.F. Bucher; HERMANNNS, Klaus (orgs.). **Direitos Humanos e Violência: Desafios da Ciência e da Prática.** Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 12 ed. São Paulo: RT, 2014.

MARTIGNAGO, Janice; ROSA, Zeleí Crispim da. **A violência contra a mulher no âmbito familiar**. Revista IOB Direito de Família, Síntese, v. 11, n. 56, out./nov. 2009.

MELO, Zélia Maria de; CAMPOS, Zuleica Dantas Pereira. Família na Contemporaneidade: Danos da violência. In: AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida; LIMA, Albenise de Oliveira (orgs.) **Família: Diversos Dizeres**. Recife: Bagaço, 2004.

MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos; RABINOVICH, Eliane Pedreira; SILVA, Célia Nunes. Olhares de crianças baianas sobre família. **Paidéia** (Ribeirão Preto) vol.19 no.42 Ribeirão Preto Jan./Apr. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/paideia/v19n42/10.pdf>. Acesso em: 31. jul.2017.

MUSTZKAT, Malvina Éster. Dez anos de pró-mulher: matando o ovo da serpente. In: MUSTZKAT, Malvina Éster. (Org.) **Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência**. São Paulo: Summus, 2003.

NAZARETH, Eliana Riberti. Psicanálise e mediação – Meios efetivos de ação. **Revista do Advogado**. São Paulo, n.62, mar. 2001.

NEGRI, Stefania de Rezende. Ética e moral no realismo político: Uma análise comparativa entre as teorias políticas de Nicolau Maquiavel, Thomas Hobbes e Hans Morgenthau. **Fronteira**. Belo Horizonte, v.2, n.3, p. 81-105, jun.2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2017.

OLIVEIRA, Euclides de. O percurso entre o conflito e a sentença nas questões de família. **Revista do Advogado**, n. 62, São Paulo, mar. 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero**. Cadernos Pagu, v. 16, p. 115-136, 2001.

\_\_\_\_\_. **Gênero, Patriarcado e Violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo (Coleção Brasil Urgente), 2004.

PINTO, Ana Célia Roland Guedes. **O conflito familiar na Justiça – Mediação e o exercício dos papéis**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 62, p. 64-71, mar 2001.



REALE, Miguel. **Variações Sobre Ética e Moral**. 2001. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/>>. Acesso em 01 de maio 2016.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito processual civil**, vol. 1. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O Direito das Famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. **Mediação em juízo**. São Paulo: LTr, 2004.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis** - 3. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2016.

TAVARES, Fernando Horta. **Mediação e conciliação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VILLELA, João Baptista. A desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, 1979.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.