

Resolução dos conflitos familiares através da mediação e acesso à justiça

Solution for family conflicts through mediation and access to justice

Celina Kazuko Fujioka Mologni*

* Docente do curso de Direito da Universidade Norte do Paraná (UNOPAR).
e-mail: <celina.mologni@unopar.br>
<mologni@sercomtel.com.br>

Resumo

A pesquisa aborda as questões envolvendo o acesso à Justiça. Ter acesso à justiça não significa apenas ter oportunidade de bater as portas do Judiciário para expor sua pretensão. Requer ordem jurídica justa, que implica decisões rápidas e justas, cujos entraves estão sendo superados pelos movimentos reformistas processuais da terceira onda, em cuja dimensão criaram-se formas alternativas de solução de conflitos, incluindo-se entre elas a mediação familiar. Através das técnicas da mediação em conflitos familiares, seria possível a realização do Direito justo, enaltecendo a dignificação da pessoa humana, como centro e fonte do Direito. Ainda, preservar-se-ia a afetividade, que tende a ser a causa da formação da família, poupando seus membros dos desgastes emocionais e angústias no momento da transição entre a separação e o recomeço de nova vida. As decisões sobre as cláusulas do término de uma união, quanto aos efeitos patrimoniais e pessoais seriam tomadas "sponte sua" pelos próprios envolvidos. Cada membro familiar tomaria consciência da responsabilidade parental e do respeito por quem foi um dia participante da história da parte da vida compartilhada como marido e mulher, pai e mãe, perante a prole comum. Decisões tomadas neste contexto tendem a ser cumpridas, porque não foram impostas, e sim construídas pelos próprios envolvidos, como fruto do trabalho de mediação.

Palavras-chave: Mediação. Resolução de conflitos. Meios alternativos de resolução de conflitos. Conflitos familiares.

Abstract

The research approaches the questions involving the access to Justice. To have access to justice does not only mean to have chance to beat the doors of the Judiciary only to display pretension. It is necessary joust juridical order, that implies in fast decisions and justice, which impediments they are being surpassed for the movements procedural reformists of the third wave, in whose dimension, had created alternative forms of solution of conflicts, including themselves familiar mediation. Through the techniques of the mediation in familiar conflicts the accomplishment of the law would be possible justice, exalting the dignity of the person human being, as center and source of the law. Still, it would be preserved affectivity, that tends to be the cause of the formation of the family, saving its members of the emotional and afflicting consumings at the moment of the transition between the separation and recommences of new life. The decisions on the clauses of the ending of an union, how much to proper the patrimonial and personal effect they would be taken "sponte its" for the involved ones. Each familiar member would take conscience of the parents responsibility and of the respect for who it was one day participant of the history of the part of the life shared as husband and woman, father and mother before the common offspring. Decisions taken in this context tend to be fulfilled, because they had not been imposed, but constructed by proper the involved ones, as fruit of the mediation work.

Keywords: Mediation. Conflict resolution. Alternative ways of familiar conflict. Conflict resolution.

1 Introdução

Este trabalho é resultado de pesquisa desenvolvida, tendo como objeto a abordagem do tema no contexto do Direito de Família, e com sua operacionalidade em situação conflituosa entre os membros da família, em questões práticas assistidas pelos estagiários discentes, sob a supervisão do docente, na disciplina de Prática Jurídica.

Procurou-se despertar a necessidade de trato especial em lides familiares, no contexto da humanização do direito e preservação do respeito e da dignidade humana em relação aos laços de afetividade entre os membros da família, quando do rompimento do vínculo conjugal ou de união estável.

Portanto, dois princípios estariam sendo prestigiados: o da justiça e do afeto. Na atualidade, o afeto tende a ser o fator primordial na formação de uniões, com casamento e sem casamento. Diferente era nas famílias antigas, sobretudo, nas romanas, cujos membros eram unidos em torno do fogo doméstico de casa, tendo sido, assim, a religião a causa de uniões, como se verá adiante.

Tratar-se-ão, inicialmente, as questões envolvendo o acesso à Justiça, sobretudo, da classe menos favorecida economicamente, enfocando a mediação familiar como forma alternativa de solução dos problemas decorrentes da própria estrutura do Poder Judiciário, e como forma humana de se lidar com o rompimento da conjugalidade ou união estável.

Serão abordadas as origens e notícias históricas da mediação ao longo do tempo. A partir destes dados, serão apresentados a conceituação e os aspectos gerais da mediação. Os procedimentos da técnica de mediação serão detectados, visando à realização do Direito, no seu aspecto econômico, temporal e relacional humano entre os membros da família, preservando o seu histórico, desde a sua formação até a dissolução, transcendendo à formação de novo projeto de vida, após a separação.

2 Formação e Desenvolvimento da Família ao Longo do Tempo. Interesse Religioso, Patrimonialista e Eudemonista

Em tempos atuais, a realidade demonstra ser o afeto o fator determinante na formação da família, o que requer assistência especial dos envolvidos na resolução de conflitos familiares. O envolvimento de carga emocional de afeto e desafeto de seus membros tende a aumentar os conflitos no estabelecimento das cláusulas de dissolução da união, quanto à guarda e à visita dos filhos, à pensão alimentícia e à partilha de bens.

Na sociedade antiga, sobretudo, na romana e na grega, o interesse na formação de famílias girava em torno da religião, isto é, do culto aos deuses domésticos. A história registra que cada família cultuava os seus antepassados, sob a crença de que, após esta vida, com a morte, o ser humano passava para outra existência, sob a terra, para seu repouso e felicidade, para o que recebia oferendas dos vivos, como: vinho, leite, bolos e frutas, sendo os respectivos túmulos a segunda morada. Em troca dessas oferendas, os membros vivos da família pediam proteção, fertilidade no campo, prosperidade na casa e corações virtuosos. Acreditavam que, se desafortunada a alma do morto, este atormentava os vivos, enviando-lhes enfermidades,

devastando-lhes as searas, ou causando medo em aparições do morto (COULANGES, 2001).

Coulanges (2001), narra este interesse religioso na formação da família na sociedade romana, que ignorava o princípio da afetividade:

O princípio da família não reside, tampouco, na afeição natural, visto que o direito grego e o romano não consideravam de modo algum esse sentimento. [...] Tendo os historiadores do direito romano observado com muita justiça que nem o nascimento nem a afeição natural constituíam o fundamento da família romana, acreditaram que tal fundamento devia se encontrar no poder paterno ou marital (p. 40).

Contudo, no Direito Romano, a autoridade do poder paterno ou marital, como era de se notar em nosso ordenamento jurídico até antes da promulgação constitucional do princípio da igualdade entre o marido e a mulher, demonstra não ter sido a causa da formação da família, e sim a religião:

O que uniu os membros da família antiga foi algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento e que a força física: foi a religião do fogo doméstico e dos ancestrais, a qual fez com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida. (COULANGES, 2001, p. 40).

Assim, em torno do fogo doméstico, em cujo altar se cultuavam os antepassados, foi estabelecido o casamento na Roma Antiga.

Cumprido frisar que essa religião do fogo doméstico e dos antepassados, que era transmitida em linhagem masculina, não pertencia, contudo, unicamente ao homem: a mulher participava do culto. Como filha, assistia aos atos religiosos de seu pai; como mulher casada, àqueles de seu marido. Só por isso estimava-se bem o caráter essencial da união conjugal entre os antigos. Duas famílias vivem uma ao lado da outra, mas têm deuses diferentes. Em uma delas, uma jovem toma parte, desde sua infância, na religião de seu pai. [...] Se um jovem de família vizinha a pede em casamento, trata-se para ela de algo bem diferente do que simplesmente transferir-se de uma casa para outra. Trata-se, sim, de abandonar o fogo doméstico paterno para pôr-se doravante a invocar o fogo doméstico do esposo. (COULANGES, 2001, p. 41).

Verifica-se, desta forma, que o afeto era papel secundário, ou até inexistente na formação da família romana antiga, pois o interesse girava em torno da religião do culto doméstico aos antepassados.

Na atualidade, pelas próprias vicissitudes econômicas, sociais e políticas da vida, o Direito, acompanhando a dinâmica da realidade, elegeu novos paradigmas, cujo centro é o ser humano, incluindo o interesse religioso como inerente à vida do ser humano, e não como causa da formação da família.

A partir deste posicionamento do homem, como centro dos interesses da vida, consagrou a Constituição Federal, o princípio da "dignidade da pessoa humana", como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, preconizado no art. 3, III, tendo, ainda, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, "promover o bem de todos, sem preconceitos

de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3, IV, CF).

A tendência da atualidade, na era da pós-modernidade, é a resistência à família hierarquizada, na qual reinava o império do chefe de família na figura do homem, como paradigma do “paterfamilias” do Direito Romano. A figura da mulher era inferiorizada, em seu papel de subordinação às ordens do marido e simples colaboradora. Contudo, com o decorrer do tempo, a mulher conquistou seus direitos, reconhecidos pelo princípio da isonomia entre o homem e a mulher, estabelecendo a igualdade de direitos e obrigações pelo princípio da co-gestão e co-responsabilidade na sociedade conjugal, nos termos do art. 226, § 5º e art. 5, I, da Constituição Federal.

Nota-se, assim, a prevalência da realização do ser humano, o homem e a mulher, no pleno desenvolvimento de sua personalidade, na formação da união, sem interesse religioso, como era na sociedade antiga, sobretudo, na romana, ou patrimonialista, hierarquizada e individualista, como era na época do Estado Liberal. Nesta época, o ser humano se libertava e alcançava a plenitude do seu ser, por ser proprietário de bens. O seu patrimônio o dignificava, sendo este o centro dos interesses, em torno do qual giravam os direitos.

Pode-se afirmar que a vertente do Direito, com reflexos na formação familiar, caminhou do interesse religioso, patrimonial para a afetividade, em que parece residir a plenitude da felicidade e bem estar do ser humano em união entre o homem e a mulher. Foge, por enquanto, do âmbito do Direito de Família, no contexto do ordenamento jurídico pátrio, a união entre homossexuais, cuja análise, portanto, está excluída do presente estudo.

A Constituição Federal de 1988 veio a efetivar a finalidade da família pluralista, na sua modalidade de família com casamento, união estável e monoparental, em seu art. 226 § 1º, 2º, 3º e 4º. Em todas elas, há a presença dos laços de amor, solidariedade e do afeto entre seus membros, tanto que:

[...] atualmente, promove-se a (re)personalização das entidades familiares e o cultivo do afeto, a solidariedade, a alegria, a união, o respeito, a confiança, o amor, enfim, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas (GAMA, 2000 apud WELTER, 2002, p. 148).

No desenvolvimento da vida conjugal, projetos de comunhão de vida são traçados pela família eudemonista. Conforme Ferreira (1986, p. 734), a expressão eudemonista significa “doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral, isto é, que são moralmente boas as condutas que levam à felicidade.” Assim:

[...] a família eudemonista busca a felicidade individual, vivendo um processo de emancipação de seus membros, todos disputando espaços próprios de crescimento e de realização de suas personalidades, convertendo-se para o futuro em pessoas socialmente úteis, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar (MADALENO, 2000 apud WELTER, 2002, p. 160).

Pode-se afirmar que as famílias constitucionais, a formada pelo casamento, pela união estável e a família monoparental estão voltadas “à realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros” (TEPEDINO, 1997 apud WELTER, 2002, p. 160).

Contudo, desaparecendo ou diminuindo os anseios eudômicos da comunidade conjugal, a tendência é a ocorrência da dissolução da união, a qual deveria ser conduzida de forma respeitosa e menos sofrida para as partes envolvidas no processo de separação. Mas, não é o que, normalmente, ocorre na prática.

Atingir ambiente de cordialidade e compreensão, sobretudo, de casais em crise conjugal, requer um profissional de Direito diferenciado dos demais campos de atuação dos advogados. Humanizar e dignificar a pessoa humana, principalmente quando em estado de debilidade emocional, decorrente de conflitos familiares, é a tarefa dos mediadores na condução dos envolvidos a encontrarem caminhos que os levem de encontro à paz interior e ao conforto espiritual.

A racionalidade e a afetividade distinguem o ser humano dos demais animais. Logo, ambos os elementos conjugados tendem a proporcionar decisões importantes nos projetos de vida de qualquer ser humano, na conclusão da etapa de separação e preparação para novo projeto de vida, após a separação.

O meio de busca desta solução perante o Poder Judiciário, muitas vezes, não atende o anseio das partes, pela natural demora da tramitação dos processos até o seu desfecho, além de o processo em si, em sendo litigioso, proporcionar beligerância e disputas entre as partes, recrudescendo mais ainda as mágoas e os ressentimentos acumulados, prolongando o processo no tempo.

Entre os direitos e as garantias fundamentais, a Constituição Federal outorgou direito ao acesso à Justiça, entre os direitos e as garantias fundamentais (art. 5, XXXV), bem como assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5, LXXIV). Contudo, é público e notório que o atual sistema do Poder Judiciário não comporta a plena realização da Justiça, com a abertura da porta de acesso a ela, superlotando, de conseqüência, a estrutura existente, sem se dar opção às portas de saída, que seriam formas alternativas de resolução de conflitos, sobretudo, familiares, conforme se tratará no tópico seguinte.

3 Terceira Onda da Reforma Processual. Métodos Alternativos de Solução de Conflitos

Em relação à temática de acesso à Justiça, deve-se entender não a simples possibilidade de instauração de uma ação pelo jurisdicionado, mas muito mais do que isso: assegurar a efetiva prestação jurisdicional no contexto da ordem jurídica justa.

Neste sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 33), afirmam:

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera *admissão ao processo*, ou possibilidade de ingresso em juízo. [...] mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais. A ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o labor dos

processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se mais ampla *admissão de pessoas e causas* ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o *devido processo legal*, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do *contraditório*), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma *participação em diálogo* – tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a *pacificação com justiça*.

Assim, o acesso à Justiça implica remover obstáculos que ofuscam as liberdades civis e políticas do cidadão no Estado Democrático de Direito.

Na atualidade, pode-se afirmar que três obstáculos detectados são objetos de constantes estudos à sua superação. Os processualistas denominam o estudo de cada obstáculo em ondas dos movimentos de reforma processual.

O primeiro movimento de reforma ou a primeira onda refere-se à remoção do obstáculo econômico, que diz respeito ao acesso à justiça pelos necessitados, vigente em nosso ordenamento jurídico desde o advento da Lei 1060/50, que trata da Assistência Judiciária, recepcionada também pela Constituição Federal de 1988. A segunda onda refere-se à remoção do obstáculo organizacional, com a criação de diversas tutelas coletivas, cuja sentença gera eficácia “*erga omnes*”. A terceira onda, que é objeto do presente estudo, refere-se aos métodos alternativos de solução de conflitos (COSTA, 2002).

Cappelletti e Garth (1994, p. 87-88), explica a respeito da terceira onda:

Entendo o fato de que, em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal – tradicional processo litigioso em Juízo – pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos. Aqui, a busca há de visar reais alternativas (*stricto sensu*) aos juízos ordinários e aos procedimentos usuais. Essa idéia decerto não é nova: a conciliação, a arbitragem, a mediação foram sempre elementos importantes em matéria de solução de conflitos. Entretanto, há um novo elemento consistente em que as sociedades modernas descobriram novas razões para preferir tais alternativas. É importante acentuar que essas novas razões incluem a própria essência do movimento de acesso à Justiça, a saber, o fato de que o processo judicial agora é, ou deveria ser, acessível a segmentos cada vez maiores da população, aliás, ao menos teoricamente, a toda população. Esse é sem dúvida o preço do acesso à Justiça, o qual é o preço da própria democracia: um preço que as sociedades avançadas devem sentir-se dispostas a (e felizes em) pagar.

O primeiro obstáculo detectado, isto é, a primeira onda, refere-se à população de baixa renda do Brasil

que, por esse motivo, tem dificuldades de acesso ao Judiciário, em face da exigência do pagamento das custas judiciais e honorários de advogado, pois, segundo Cappelletti e Garth (1988, p. 18):

[...] os altos custos também agem como uma barreira poderosa sob o sistema, mais amplamente difundido, que impõe ao vencido os ônus da sucumbência. [...] Qualquer tentativa realística de enfrentar os problemas de acesso deve começar por reconhecer esta situação: os advogados e seus serviços são muito caros.

Contudo, a instituição da assistência judiciária, tratada pela Lei nº 1060/50 e pela Constituição de 1967, em seu art. 153, § 32, e ampliada com a nova denominação de assistência jurídica, no art. 5, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988, como dever do Estado de organizar a carreira jurídica dos defensores públicos, além das garantias reconhecidas ao Ministério Público (art. 5, LXXIV e art. 134 da CF), não remove a dificuldade do acesso à Justiça. Porém, consagrou assistência jurídica, em atendimento de informação e orientação dos direitos do jurisdicionado, como antecedente à eventual assistência judiciária, isto é, antes do ajuizamento da ação:

O necessitado faz jus à informação e orientação jurídica, além da gratuidade na prestação jurisdicional da causa e nas despesas processuais. Prende-se a assistência jurídica à atuação preventiva dos advogados, dos defensores públicos ou do órgão encarregado de facilitar o acesso à justiça. (CARDOSO, 1996, p. 17).

Existem outras dificuldades de acesso à Justiça, a exemplo do fator tempo, apontado por Cappelletti e Garth (1988, p. 20):

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. [...] A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de “um prazo razoável” é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.

Em todo o mundo, a justiça mostra-se cara e morosa. Entretanto, na maioria dos países, a exemplo do Brasil, adotou-se o critério de dividir as questões que precisam de utilização da engrenagem do Judiciário normal das outras que não necessitam de toda essa estrutura. Isto, na fase da terceira onda – métodos alternativos de solução de conflitos.

O fundamento constitucional da terceira onda é encontrado no art. 3, I, da Constituição Federal, que reza: “art. 3º – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Uma sociedade justa implicaria viver sob o manto da Justiça social e o acesso à ordem jurídica justa, que atendam os anseios do jurisdicionado quanto ao tempo e ao espaço desejados.

Sob essa perspectiva, e com objetivo de eliminar, ou pelo menos, diminuir entraves da duração do processo, diante do sucesso dos antigos Juizados de Pequenas Causas, instituídos em 1984, foram criados, através da

Lei nº 9099/95, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais “para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência”, conforme estabelece o seu artigo 1º, na categoria da justiça participativa, tendo como seus integrantes juízes togados, juízes leigos e conciliadores, com respectivos campos de atuação. Existem, também, juízes de paz, eleitos pelo voto secreto, direto e universal, com competência também para exercerem atribuições conciliatórias, mas sem caráter jurisdicional, na dicção do art. 98, I e II, da Constituição Federal.

Posteriormente, como categoria de acesso à Justiça, em outras áreas do Direito, verifica-se a alternatividade de solução de conflitos, através da Arbitragem, instituída através da Lei 9307/96, em que as partes, de comum acordo, escolhem uma ou mais pessoas, denominadas árbitros ou juízes arbitrais, e as submetem à sua decisão, equiparada à sentença estatal, sem necessidade de homologação, em questões contratuais de natureza patrimonial disponível, podendo

a arbitragem ser de direito ou equidade, a critério das partes, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. As partes interessadas deverão celebrar a convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso. (COSTA, 2002, p. 54).

No Direito do Trabalho, através da Lei 9958/00, que alterou e acrescentou artigos à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei 5452/43, dispôs sobre as Comissões de Conciliação Prévia, às quais as partes obrigatoriamente se submetem, como condição de procedibilidade de eventual Reclamatória Trabalhista. O termo da conciliação será título executivo extrajudicial, na Justiça do Trabalho, tendo eficácia liberatória, com exceção das parcelas expressamente ressalvadas.

Mais recentemente, criaram-se os Juizados Especiais Federais, através da Lei 10259/01, cujo art. 2º dispõe que será da competência do “Juizado Especial Federal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.” E, em seu 3º, textua que: “Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.”

Portanto, como tônica do movimento da terceira onda, o legislador permitiu que o próprio cidadão possa julgar e atuar ativamente na solução dos conflitos, desde que autorizado por lei, não sendo, pois, de função exclusiva do juiz togado, implementando, assim, a justiça participativa e proporcionando acesso à justiça por meios alternativos para fins de solução de conflitos.

As técnicas de composição dos conflitos dividem-se em:

- a) composição adversarial ou heterocomposição, em que as partes terceirizam a solução do conflito e o terceiro imparcial julga aplicando o direito ou a equidade, como no caso da jurisdição estatal e a arbitragem, pouco se importando com a angústia que o sucumbente venha a experimentar com a decisão imposta;
- b) composição não adversarial ou autocomposição,

em que as próprias partes, entre elas, ou com a intermediação de uma terceira pessoa, encontram a solução, como ocorre na transação, na conciliação e na mediação, com probabilidade qualitativa de solução satisfatória e plena das partes envolvidas (COSTA, 2002, p. 27).

E, entre essas formas alternativas de solução dos conflitos, na modalidade não adversarial ou autocomposição, insere-se a mediação, ainda não recepcionada pelo nosso ordenamento jurídico pátrio, cuja abordagem será feita no tópico a seguir.

4 Mediação. Histórico. Conceito

Pelos problemas apontados para o pleno exercício do acesso à Justiça, pode-se afirmar que os jurisdicionados muito têm criticado a pouca eficiência da Justiça. Entre eles, é motivo de insatisfação o fator tempo. Além da demora, quando é proferida a sentença, revela-se, muitas vezes, injusta, além do alto custo e do desgaste emocional sofrido.

Nas questões do Direito de Família, os pontos negativos são maiores, porque o sofrimento das partes não podem esperar a tramitação processual ao longo do tempo, até se resolver quem é ou não é culpado, em separação judicial litigiosa. A fome não espera a longa tramitação da Ação de Alimentos ou Execução de Alimentos. A saudade do filho também não pode esperar o pai ou a mãe, impedido de ter a sua companhia. A demora na decisão de uma liminar na separação de corpos ou no afastamento do cônjuge do lar conjugal pode colocar em risco a própria vida da parte ofendida.

Nestas e em outras circunstâncias peculiares que envolvem os conflitos familiares, parece que o meio eficiente é deixar a cargo das próprias partes a solução adequada e justa, porque quem vive o conflito conjugal, em tese, sabe qual é a melhor solução a ser tomada.

Neste ambiente, a mediação vem ganhando espaço no direito comparado, tendo sua origem no Oriente. As raízes da mediação se encontram nas Leis de Confúcio. A cultura oriental tende a procurar intervenção de uma terceira pessoa para solução de conflitos, deixando como última opção bater as portas do Judiciário. Afirma Serpa (1999, p. 67-68), a respeito da filosofia de Confúcio aplicada à mediação:

Os chineses, na Antigüidade, influenciados pelas idéias do filósofo Confúcio, já praticavam a mediação como principal meio de solucionar contendas. Confúcio acreditava ser possível construir-se um paraíso na terra, desde que os homens pudessem se entender e resolver pacificamente seus problemas. Para ele existia uma harmonia natural nas questões humanas que não deveria ser desfeita por procedimentos adversariais ou com ajuda unilateral. Seu pensamento estabelecia que a melhor e mais justa maneira de consolidar essa paz seria através da persuasão moral e acordos e nunca através da coerção ou mediante qualquer tipo de coerção.

Na China, a mediação é o principal meio de solução de conflitos familiares, desde os anos 50, incluindo-se as demais questões cíveis. Na área do Direito de Família, as estatísticas mostram que 60 a 70% dos

conflitos são resolvidos através da mediação, graças aos mediadores especializados, segundo C. A. V. do Lago e A. M. R. V. do Lago (2002).

Da China e do Japão, onde também a mediação sempre esteve presente, espalhou-se para os Estados Unidos, em decorrência de emigração dos chineses e japoneses naquele país, influenciando o seu povo. Nos Estados Unidos, a implantação da mediação ocorreu nos anos 70, quando o princípio do acesso à Justiça se encontrava no seu apogeu. Em seguida, a prática da mediação foi desenvolvida na Grã-Bretanha, onde foi fundado o primeiro Serviço de Mediação Familiar, em 1978. Na França, a mediação foi instituída em 1980. Nos países de "common law", como a Austrália e Canadá, iniciou-se o movimento da mediação, nos anos 90.

Na América do Sul, o país que recepcionou o instituto da mediação foi a Argentina, através da Lei 24573/96. No Brasil, o movimento está se iniciando, sendo a sua prática difundida nos Estados da Região Sul do país, através da Associação Brasileira dos Mediadores (ABRAME), sediada no Rio Grande do Sul. Há notícias de que se encontra em tramitação, perante o Congresso Nacional, o Projeto de Lei 4827/98, como forma de institucionalizar a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos.

Verifica-se, assim, que, a partir do século XX, a mediação mostrou-se mais eficaz, em nível mundial, como uma forma de desafogar o Judiciário, diminuir os custos do processo e proporcionar rápida solução dos conflitos, dando sentido ao princípio do acesso à Justiça, como ordem jurídica justa, na modalidade da decisão justa e rápida.

Theodoro Junior (1999, p. 8), afirma a respeito da mediação:

a) a mediação, em que se usa a intermediação de um agente não para ditar e impor a solução autoritária do conflito, mas para conduzir negocialmente os litigantes a reduzirem suas divergências e a encontrarem, por eles mesmos, um ponto de entendimento (uma autocomposição, portanto).

A mediação é de natureza extrajudicial e multidisciplinar, com atuação de profissionais de diversas áreas, como psicólogos, advogados, psiquiatras, assistentes sociais. Sua característica é a voluntariedade, pois as partes não são obrigadas a procurar auxílio na mediação. A mediação familiar "não representa uma imposição às partes de se submeterem à terapia ou à análise, o que pressupõe uma decisão interna e individual" (NAZARETH; MOTA, 1998, p. 26).

Na mediação familiar, a decisão final é de forma livre e espontânea, segundo a consciência dos próprios envolvidos, como resultado de diálogo e da disposição das partes, após realização, muitas vezes, de várias sessões em que puderam externar sentimentos reprimidos que ofuscavam a racionalidade e impediam a conscientização das responsabilidades dos papéis que deveriam desempenhar no âmbito familiar ou que devam assumir com a separação ou divórcio do casal.

Uma vez estabelecido "*rapport*: afinidade, acordo, harmonia, (cf. Dicionário Barsa, Inglês/Português)" (1967, v. 2 apud SOUZA NETO, 2000, p. 56), o casal

atinge o nível psicológico satisfatório de discernimento da realidade do término da relação conjugal, com capacidade de decidir as cláusulas que envolvem o fim da união, no tocante à partilha de bens do casal, à guarda e à visita de filhos e à pensão alimentícia, possibilitando elaborar novo projeto de vida, após a separação.

A pacificação imposta por obra do Estado, coercitivamente, portanto, de fora para o íntimo do sujeito, este, muitas vezes, não irá se conformar com a eventual injustiça, o que o leva a não cumprir voluntariamente a decisão, e o que é pior, com tendência a resistir e recrudescer mais ainda o sentimento de hostilidade em relação à outra parte, com quem talvez tenha um histórico de sua vida, assim como contra a própria prole, que foi fruto de amor, antes vivido, durante a união desfeita.

O objetivo do processo judicial litigioso é pôr fim ao processo, através da sentença, com intuito de pacificação do conflito posto à sua apreciação. Contudo, no âmbito familiar, a decisão imposta tende a não se preocupar com o aspecto subjetivo das partes envolvidas, seguindo o padrão às respostas da pretensão invocada, decisão "sim/não" ou "ganhador/perdedor". Parece ser inevitável que, numa disputa judicial, na apreciação do mérito da questão, haja um ganhador e um perdedor, como resultado de disputa de poder entre as partes.

Ao mediador cabe apenas preparar as partes para que possam alcançar resultados satisfatórios para ambas as partes, porque uma decisão que parte do interior da pessoa, isto é, impulsionado por afeto, respeito e responsabilidade, tende a ser cumprida, tornando-se mais efetiva, e sem necessidade de intervenção do Judiciário. Evitar-se-iam, assim, traumas, sofrimentos e desgastes emocionais e psicológicos, prestigiando-se o novo paradigma de "ganhadores", por um acordo justo, decidido pelas próprias partes.

O mediador não irá decidir pelas partes, mas irá apenas definir os pontos pacíficos, deixando-os claros, e trabalhar na condução das partes para que alcancem consenso sobre controvérsias ou itens obscuros. As próprias partes envolvidas no conflito chegarão a uma determinada decisão.

Portanto, pode-se afirmar que a mediação é uma forma de realização da Justiça social e do Direito justo, pois humaniza os conflitos familiares, buscando minimizar as angústias inerentes deste processo, na razão direta do prestigiamento da dignidade da pessoa humana.

5 Procedimento da Mediação

Não existe padrão quanto ao procedimento da mediação, pois depende da matéria a ser mediada, do estado psicológico das partes envolvidas e de outras circunstâncias peculiares de cada caso.

Apresentam-se, abaixo, estágios mencionados por RODRIGUES JUNIOR (2003, p. 305):

Estágio 1. Apresentação da mediação. [...] é fundamental para o seu êxito que as partes obtenham, no primeiro contacto, todas as informações sobre o processo de mediação e sua relevância. [...]

Estágio 2. Encontro das partes e criação de estrutura e confiança. [...] o mediador deve apresentar suas regras, cuidando para dirimir quaisquer dúvidas. O Mediador deve passar aos clientes a certeza da imparcialidade e do sigilo. [...] O mútuo respeito deve ser trabalhado nesse primeiro contato entre as partes, deixando claro que enquanto um fala o outro deve escutar com atenção, respeitando sempre a igualdade de oportunidades. Em seguida, devem ficar estabelecidos os honorários do mediador e a forma de pagamento pelas partes. [...]

Estágio 3. Depoimento das partes. [...] cada parte faz suas considerações, enquanto a outra apenas escuta e aguarda sua vez de falar. [...]

Estágio 4. Separação das questões apresentadas. [...] o mediador fará um resumo de tudo o que foi dito e um ordenamento dos problemas, certificando-se, junto aos clientes, de que compreendeu exatamente o que quiseram dizer. [...] indicando questões que já estão claras e ressaltando pontos de concordância.

Estágio 5. Facilitação da comunicação entre as partes. [...] as partes podem aprofundar-se em suas divergências, revelando interesses e idéias até então latentes.

Estágio 6. Realização de sessões privadas [...] técnica conhecida como caucus, na qual cada parte é ouvida isoladamente e pode, então, declarar desejos, interesses e questionamentos mais ocultos. No entanto, essa técnica é fonte de muitas controvérsias na doutrina, visto que pode causar danos à confiabilidade do processo, mascarando-o, pois o mediador pode correr o risco de passar de catalisador a intermediário em acordos.

Estágio 7. Criação e desenvolvimento de opções. [...] nesta fase, poderão ou não ter encontrado soluções. [...] o mediador deve retornar a outras etapas, procurando ser bastante didático, usando de recursos expositivos para explicitar interesses, decompor problemas e opções decorrentes.

Estágio 8. Resolução da disputa. Os acordos devem ser realistas para que possam ser duradouros e evitar possíveis questionamentos futuros.

Estágio 9. Esclarecimento e redação do acordo. [...] Esse acordo é assinado pelas partes, assessores, e sendo necessário, os advogados dos clientes redigirão uma petição, sem alterações do conteúdo, para homologação em juízo.

Estas são as técnicas básicas que requerem modificações e adaptações em cada caso concreto, de acordo com suas particularidades.

6 Conclusão

Notam-se, pela pesquisa elaborada, as vantagens que a mediação pode trazer, sobretudo, nos conflitos familiares, se na formação, a família foi constituída por laços de afeto, por que terminar a relação que envolve um histórico da vida familiar de forma conflituosa? E por que deixar a decisão de questões domésticas e íntimas a cargo do Juiz?

É comum verificar entre os devedores de alimentos a recusa em cumprir a decisão judicial, por achá-la injusta, chegando a ponto de se demitir do emprego e se mudar para lugar incerto e não sabido. Outras vezes,

há pessoas que se recusam a visitar filhos menores, cuja guarda se disputa, esperando que o Juiz estabeleça os horários e os dias.

Por outro lado, em se aplicando as técnicas da mediação, põe-se fim ao conflito familiar, mesmo naqueles casos em que o executado foi citado para pagar pensão alimentícia em atraso, sob pena de prisão, cuja fixação decorreu de despacho de alimentos provisórios. Ouvindo-se ambos os lados em respectivos desabaços, aliviam-se seus ânimos, e se dispõem a uma profunda reflexão do passado que viveram juntos e a realidade conturbada, de cuja situação faz o exame de consciência. Assim, com discernimento e percepção da realidade, cada qual, espontaneamente, assume a responsabilidade parental no sustento da prole, que é fruto de amor que existiu na união mantida e, agora, sofrendo os percalços do seu término. Pelas técnicas da mediação, o mediador auxilia em como terminar essa relação de maneira responsável e satisfatória, cuja decisão cabe a cada um dos envolvidos. Como a decisão parte dos próprios envolvidos, em ambiente de pleno consenso, não há ganhador, nem perdedor, e sim só ganhadores, porque permanecem os vínculos de respeito mútuo, na certeza de cumprimento de suas decisões, tornando realidade a crença de Confúcio de que é possível construir-se um paraíso na terra. E o paraíso tende a ser encontrado na dignificação do ser humano em seu projeto de vida na busca da felicidade.

Nota-se que a beligerância nas questões familiares tende a decorrer do amor, transformado em desamor e em outros sentimentos negativos e destrutivos, que impedem soluções razoáveis e satisfatórias para as partes envolvidas, utilizando-se da Justiça como disputa de poder, normalmente, orientada por advogados que alimentam a hostilidade em relação à outra parte, talvez, para justificar o seu trabalho ou a cobrança de seus honorários.

Neste contexto, os envolvidos no conflito experimentam toda sorte de sofrimento humano, que se prolonga ao longo do tempo, conforme os prazos processuais e a tramitação do processo no Judiciário congestionado.

Em conformidade com os novos paradigmas do Direito, e sobretudo, da contemporaneidade da valorização do “ser”, em lugar do “ter”, na plena realização da personalidade humana, cuja resposta está no eudemonismo, a mediação contribuiria para a diminuição de demandas judiciais familiares, pois ninguém melhor do que as partes saberia investigar o que acontece no relacionamento interpessoal da conjugalidade, e que elas desejam buscar, cooperativamente, uma solução satisfatória para eliminar o conflito.

Conclui-se, portanto, a existência das reais vantagens oferecidas pela mediação, aplicadas diuturnamente na Disciplina de Prática Jurídica, em questões de conflitos familiares, com o objetivo de conscientizar os estagiários de Direito de sua importância, como providência antecedente a eventual ajuizamento de ações.

Referências

BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Angela (Coord.). *Mediação*:

métodos de resolução de controvérsias, n. 1. São Paulo: LTr, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. Lei nº 1060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para concessão de assistência judiciária aos necessitados. In: BRASIL. *Código de Processo Civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. In: BRASIL. *Código de Processo Civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Lei nº 9307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. In: BRASIL. *Código de Processo Civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Lei nº 9958, de 12 de janeiro de 2000. Institui Comissões de Conciliação Prévias. In: CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 25. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Lei nº 5452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. In: CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 25. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Lei nº 10259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. In: BRASIL. *Código de Processo Civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal do acesso à Justiça. *Revista de Processo*, v. 19, n. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994.

CARDOSO, Antônio Pessôa. A justiça alternativa: juizados especiais. Belo Horizonte: O Lutador, [1996].

CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COSTA, Nilton César Antunes da. *Poderes do Árbitro de acordo com a Lei 9307/96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COULANGES, Numa Demis Fustel de. *A Cidade Antiga: estudos sobre culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do; LAGO, Andréa Menezes Rios Valladares do. Mediação no Direito de Família. *Revista do Direito Privado*, v. 3, n. 11, p. 84-120, jul./set. 2002.

NAZARETH, Eliana Riberti; MOTA, Maria Antonieta Pisano. *Direito de Família e Ciências Humanas*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. A prática da mediação. In: FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NEVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

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

SOUZA NETO, João Batista de Mello. *Mediação em juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo*. São Paulo: Atlas, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A Arbitragem como meio de solução de controvérsias. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 5-16, nov./dez. 1999.

WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e a socioafetiva. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 14, p. 128-163, jul./ago./set. 2002.