

REFLEXÕES ACERCA DA MEDIAÇÃO JUDICIAL E OS CONFLITOS FAMILIARES

REFLECTIONS ABOUT THE JUDICIAL MEDIATION AND FAMILY CONFLICTS

Anelice Teixeira da Costa¹

Luiza Helena Messias Soalheiro²

RESUMO

O objetivo deste estudo é analisar a mediação como forma adequada de prevenção e solução de conflitos familiares, uma vez que, além de um método de resolução de controvérsias, ela apresenta-se como um instrumento transformador de defesa de direitos humanos e acesso à justiça. Contudo, é necessário problematizar a institucionalização da mediação na esfera judicial brasileira e os riscos decorrentes do engessamento e burocratização do método. Para a análise reflexiva dos possíveis efeitos da implementação da mediação judicial no Brasil, realizar-se-á um estudo sobre os resultados da mediação judicial familiar nos Estados Unidos, implementada nos tribunais desde a década de noventa. Propõe-se que a mediação judicial familiar no Brasil seja fruto de uma construção realizada em âmbito nacional, envolvendo tanto as universidades, quanto membros dos poderes estatais, instituições e organizações não-governamentais, para que não haja esvaziamento do método e sua consequente redução a um mero procedimento de obtenção de acordos.

PALAVRAS-CHAVE: Conflito familiar; Mediação familiar judicial e extrajudicial; Acesso à justiça.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze the mediation as an appropriate way of preventing and resolving family conflicts, since, in addition to a method of dispute resolution, it presents itself as a transformative tool for protecting human rights and access to justice. However, it is necessary to discuss the institutionalization of mediation in the Brazilian judicial sphere and the risks of inflexibility and bureaucracy of the method. For reflective analysis of the possible

¹ Mestranda em Direito, na área de estudo Acesso à Justiça e Solução de Conflitos, pela Universidade Federal de Minas Gerais. Formação complementar em Psicologia e graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bolsista CNPQ.

² Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Arnaldo Janssen. Mestranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bolsista Fapemig.

effects of the implementation of judicial mediation in Brazil, it will be realized a study of the results of family court mediation in the United States, implemented in the courts since the nineties. The hypothesis is that the family court mediation in Brazil should be the result of a building held nationwide, involving both universities, as members of state powers, institutions and non - governmental organizations, so there would have no emptying of the method and its consequent reduction in a simple procedure to obtain agreements.

KEYWORDS: Family conflict; Judicial and extrajudicial family mediation; Access to justice.

1 INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é um direito fundamental que garante aos cidadãos não só o direito de ajuizamento da ação, mas principalmente o acesso à uma ordem jurídica justa e eficaz. Nas palavras de CAPPELLETTI e GARTH (2002, p.8), acesso à justiça é o “ [...] sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado [...]”. No mesmo sentido, RODRIGUES JÚNIOR (2006, p.1) afirma que “o acesso à justiça também engloba outros meios que possibilitem ao cidadão a restauração do seu direito lesado ou ameaçado, ou simplesmente a declaração se possui ou não esse pretense direito”.

No âmbito do direito de família, quando os casais não conseguem resolver os conflitos familiares, como, por exemplo, em situações de divórcio, eles recorrem à justiça em busca de soluções. Através da judicialização do conflito é possível visualizar uma das formas de acesso à jurisdição. Contudo, nem sempre esse acesso é eficaz, em razão do grande número de demandas, do tempo reduzido das audiências e principalmente pelo fato do juiz ser um terceiro que decidirá uma situação da qual ele não participou, não havendo no processo espaço de voz e reconhecimento efetivo da subjetividade das partes envolvidas na lide.

É neste contexto que a mediação se apresenta como um método adequado na gestão de conflitos familiares, uma vez que possibilita que os próprios envolvidos no litígio, auxiliados pelo mediador, construam soluções para o tratamento da controvérsia. A relevância da análise do tema se justifica pelo fato da mediação possibilitar o diálogo entre o casal, permitindo que as partes envolvidas diferenciem a ruptura conjugal da função paterna e materna, mantendo-se assim os laços afetivos entre os filhos e a estabilidade emocional entre as partes.

Contudo, a mediação não deve ser considerada uma panacéia universal. A institucionalização da mediação familiar no Brasil, principalmente no âmbito judicial, precisa

levar em consideração o contexto cultural, histórico e sócio-econômico do país. Ações que visem a mera reprodução de técnicas já existentes, tal como as do modelo norte-americano, podem não ser efetivas, visto que a realidade brasileira exige uma especificidade do método. Justamente por isso é necessário um amplo debate e discussão em âmbito nacional para que a implementação da mediação seja feita de modo sustentável, evitando assim o esvaziamento e a perda do potencial transformador intrínseco à ela.

2 O CONFLITO FAMILIAR

A família é o espaço para o desenvolvimento da personalidade de seus componentes, é o *locus* para a promoção da dignidade de cada um de seus membros. Neste contexto, a família se apresenta como um “caleidoscópio de relações que muda no tempo de sua constituição e consolidação em cada geração, que se transforma com a evolução da cultura, de geração para geração.” (GROENINGA, 2003, p.125).

É por essa razão que a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2012, p.76) prevê em seu artigo 226, caput, que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. É nesse ambiente privilegiado para a realização pessoal de cada indivíduo que surgem os conflitos, sejam durante a constância da sociedade conjugal ou depois de sua dissolução.

Na análise da ruptura matrimonial, observa-se que o conflito vai além dos aspectos legais, abrangendo também o campo sentimental, ligado à subjetividade dos envolvidos. Por muitas vezes, por não saberem lidar com a situação conflituosa, as partes nutrem sentimentos de raiva, mágoa, tristeza, vingança e rancor entre si, transferindo, em grande parte dos casos, tais tensões para os próprios filhos. É neste contexto, de dissolução do vínculo conjugal, que o Poder Judiciário é acionado. Nas palavras de Lenita DUARTE (2009, p.1), “na medida em que os desentendimentos e os conflitos particulares do casal não encontram solução, eles recorrem à justiça, como mediadora do litígio familiar”.

Contudo, “dada a forte carga de subjetividade que envolve os relacionamentos afetivos, os conflitos familiares tendem a ser mais complexos e de difícil solução.” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 564). Como ensina Maria Berenice DIAS (2010, p.85), nem sempre o conflito familiar é solucionado de maneira satisfatória, o que pode levar o retorno dos envolvidos ao Judiciário:

A sentença raramente produz o efeito apaziguador desejado pela justiça. Principalmente nos processos que envolvem vínculos afetivos, em que as partes estão repletas de temores, queixas e mágoas, sentimentos de amor e ódio se

confundem. A resposta judicial jamais corresponde aos anseios de quem busca muito mais resgatar prejuízos emocionais pelo sofrimento de sonhos acabados do que reparações patrimoniais ou compensações de ordem econômica. Independentemente do término do processo judicial, subsiste o sentimento de impotência dos componentes do litígio familiar além dos limites jurídicos (DIAS, 2010, p.85).

Sabe-se que uma das finalidades do Poder Judiciário é a pacificação social. Entretanto, nem sempre a sentença proferida pelo juiz significa a resolução do conflito familiar. Isto porque a estrutura processual é baseada em um sistema de tratamento litigioso do conflito, no qual há a polarização da relação entre as partes e a competição entre elas, na medida em que é pressuposta a existência de um “ganhador” e de um “perdedor”. Em um contexto de divórcio, o sistema adversarial pode agravar os conflitos existentes entre os indivíduos, suscitando mais divergências e a ruptura dos laços sociais entre as partes. Além disso, a valorização de uma cultura processual pautada na litigância dificulta a obtenção de acordos consensuais na esfera judicial.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2012, p.24), ao prever que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, não garante apenas um simples acesso ao judiciário, mas o direito de uma tutela efetiva de direitos. Tal tutela pode ser realizada tanto por meio do Estado, representado pela jurisdição, quanto pelos meios complementares de resolução de controvérsias.

Nas palavras de Ada Pellegrini GRINOVER (*in* ORSINI, 2010, p. 146), para garantir um real acesso à justiça e combater a denominada “crise do Poder Judiciário”, caracterizada pela morosidade do sistema e o excesso de ações, há duas vias alternativas, quais sejam:

A vertente jurisdicional, com a tentativa de descomplicação do próprio processo, tornando-o mais ágil, mais rápido, mais direto, mais acessível, com relação à qual se fala em desformalização do processo. E a vertente extrajudicial, buscando-se por ela a desformalização das controvérsias, pelos equivalentes jurisdicionais, como vias alternativas ao processo.

É nesse contexto, que a mediação se insere como uma “forma não litigiosa, legítima e adequada de administração dos conflitos familiares, cuja estrutura discursiva de expressão da autonomia privada deve ser fixada como fundamento” (POMPEU, 2011, p. 113).

3 MEDIAÇÃO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A mediação é um método complementar de tratamento de conflitos, que “prioriza a intervenção de um terceiro neutro, imparcial, independente, visando facilitar a comunicação entre indivíduos e grupos para a resolução de disputas” (NICÁCIO, 2011, p.12).

Formalizada e consolidada nos Estados Unidos, na década de 70, com o surgimento do movimento conhecido como “Alternative Dispute Resolution ADR” (Resolução Alternativa de Disputas),³ a mediação foi inicialmente considerada como

[...] um prolongamento ou aperfeiçoamento do processo de negociação que envolve a interferência de uma aceitável terceira parte, que tem um poder de tomada de decisões limitado ou não autoritário. Esta pessoa ajuda as partes principais a chegarem de forma voluntária a um acordo mutuamente aceitável das questões em disputa.[...] A mediação é um processo voluntário em que os participantes devem estar dispostos a aceitar a ajuda do interventor [...] (MOORE, 1998, p.22).

Mais que um método de resolução de conflitos, a mediação é reconhecida hoje como um instrumento de promoção de cidadania e criação de canais de diálogo, estruturados em uma relação ternária, constituída pelas duas partes envolvidas e o mediador. Segundo François SIX, a mediação consiste em “estabelecer constantemente novas ligações entre uns e outros, numa verdadeira criatividade; ou ainda de reparar os laços que se distenderam ou foram submetidos a qualquer dano; ou ainda gerenciar rupturas de ligações, desavenças”. (2001, p.258).

Luis Alberto WARAT (2001, p.75) considera a mediação “em termos de sensibilidade e de humanização totalizadora das relações humanas”. Segundo o autor, a mediação no direito é um “procedimento indisciplinado de auto-eco-composição assistida (ou terceirizada) dos vínculos conflitivos com o outro em suas diversas modalidades” (WARAT, 2001, p.75). Para compreensão desse conceito, Luiz Alberto Warat explica todos os termos de sua definição, visto a profundidade que eles carregam. Como “processo”, entende-se o procedimento, as técnicas, princípios e estratégias adotadas para a revisitação do conflito, feita em nome da produção do acordo. É uma “ação ordenada que inclua planos práticos, antecipações reflexivas de como atuar, sempre na linha de uma nova disposição para entender

³ A proposta era incentivar a adoção de métodos de resolução de conflitos que fossem alternativos ao processo conduzido nos tribunais. Havia o incentivo para que as partes, as cortes, as agências do governo, o setor comercial privado, dentre outras entidades utilizassem a negociação, a mediação, a arbitragem e outros procedimentos para o tratamento das disputas. Já na década de noventa, houve a exportação do modelo para países de língua inglesa, assim como para toda a Europa e por fim, para a América do Sul.

o mundo e nossos vínculos nele” (WARAT, 2001, p.76). A indisciplina de tal processo advém do fato que o procedimento é construído na mediação, não existindo um formato inflexível e ortodoxo a ser seguido. Ao mediador é concedida a liberdade de conduzir e facilitar o procedimento, de modo a auxiliar as partes na transformação do conflito.

A autocomposição assistida é dada na medida em que, na mediação, as partes envolvidas na disputa tentam chegar a um acordo auxiliadas por um mediador, ou seja, por um “terceiro imparcial, porém implicado, que ajude as partes em seu processo de assumir os riscos de sua auto-decisão transformadora do conflito” (WARAT, 2001, p.76). O mediador cumpre as funções de escuta e implicação, incentivando as partes a compreenderem o conflito, a si mesmas e ao outro. Já as partes têm o papel fundamental na tomada de decisões, devendo adotar uma posição ativa na “atitude de busca do conflito como uma oportunidade para gerenciar melhor suas vidas, ir além do problema comum e apostar em melhorar o próprio transcurso vital” (WARAT, 2001, p.77). É de total responsabilidade das partes a construção de todas as decisões tomadas na mediação, sendo o mediador um facilitador do diálogo, jamais assumindo a posição de impor soluções ao conflito apresentado.

Por fim, a mediação é ecológica por dois motivos: promove a autonomia e uma vida sustentável. A realização da autonomia ocorre pois a mediação “educa, facilita e ajuda na produção das diferenças (produção do tempo com o outro), que modificam as divergências” (WARAT, 2001, p.78). Já a sustentabilidade decorre do fato de que a procura por caminhos e soluções transformadores das diferenças permite uma melhor qualidade de vida, uma vez que lidar com conflitos e com o outro de forma saudável é pressuposto de uma boa convivência em sociedade.

4 A MEDIAÇÃO FAMILIAR

Pelo caráter transformador de sentimentos, a mediação é ideal para as situações nas quais há relações sentimentalmente conflituosas, como é o caso dos conflitos familiares. Isto porque na mediação há o espaço de escuta e fala, de redimensionamento do conflito, de compreensão do outro, promoção da alteridade, construção de acordos e administração dos conflitos pelas próprias partes, auxiliadas pelo mediador.

A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Também não objetiva o acordo como única finalidade. A mediação tem como propósito ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como um conjunto de condições

psicológicas, culturais e sociais que determinaram um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. (WARAT 2001, p.80),

Os conflitos familiares exigem muito cuidado, uma vez que estão relacionados a relações sociais, nas quais laços sanguíneos e afetivos estão envolvidos. Esses laços perduram, a despeito do conflito, o que torna a administração de tais situações delicada. As relações familiares “são relações que, por envolverem sentimentos de amor, ódio, raiva ou afeto, por envolverem filhos e todas as responsabilidades morais advindas da existência de filhos, continuam, perduram no tempo – relações continuadas” (SALES, 2004, p.2).

A respeito da mediação aplicada aos conflitos familiares, assevera Renata Guimarães POMPEU (2011, p. 111) que,

[...] a mediação, por meio de um fundamento dialógico, se propõe, substancialmente, a um processo de conscientização das partes sobre o conflito e de efetiva transformação das antigas condutas que conduziram ao ambiente adversarial no qual se encontram. Todo o processo de mediação se dá para a superação de paradigmas relacionais caducos. O conflito familiar revela apenas que determinadas formas de convivência foram superadas. Igualmente o conflito pode explicitar dificuldades de comunicação na família, dificuldades de se possibilitar a existência conjunta e simultânea de diferenças.

Sendo assim, a mediação apresenta-se como uma forma adequada de gestão do conflito familiar, pois encoraja a autonomia, a comunicação, a alteridade e a responsabilização. Ela objetiva a mudança cultural na abordagem de conflitos, uma vez que incentiva que os indivíduos tomem suas próprias decisões. A ideologia ganhador-perdedor vigente no sistema tradicional judiciário é substituída por uma nova abordagem baseada na cooperação entre as partes envolvidas e não na competição (ÁVILA, 2004, p. 4).

Pela flexibilidade do procedimento, há o espaço temporal necessário para escuta efetiva dos indivíduos, assim como de promoção de espaços dialógicos para que as partes possam elaborar soluções para administrar a situação controversa. Pelo caráter transformador, há a oportunidade de reconstrução de um relacionamento sustentável e dialógico entre os sujeitos, de modo a promover espaço para o desenvolvimento de uma relação saudável no futuro. Tal aspecto da mediação é extremamente relevante nos casos onde há filhos provenientes da relação conjugal rompida, uma vez que para a criação dos filhos é necessária a manutenção dos vínculos afetivos e parentais. Além disso, por focar não apenas na obtenção de um acordo⁴, mas no tratamento adequado do conflito, a mediação familiar possibilita um

⁴Os acordos produzidos na mediação podem ser homologados judicialmente. Em tais casos, haverá a verificação, tanto por parte do Poder Judiciário, representado na figura do juiz, quanto do Ministério Público, na figura do procurador, se o acordo construído está em consonância com o ordenamento jurídico vigente.

real acesso à justiça, visto que permite a transformação da relação conflituosa, a construção de acordos pelas próprias partes, por meio de um processo dialógico e não-adversarial, e o empoderamento das partes na prevenção, gestão e solução de conflitos, sejam eles presentes ou futuros.

4.1 A Mediação Familiar nos Estados Unidos

A mediação familiar surgiu nos Estados Unidos, em meados da década de 80, como resposta aos problemas causados pelo aumento do número de divórcios no país. Os impactos negativos que o processo litigioso ocasionava às partes envolvidas, assim como aos filhos e à sociedade, levaram as cortes norte-americanas, assim como os próprios clientes e advogados, a questionar a abordagem estritamente judicial do conflito familiar. Foram problematizados os desgastes emocionais, psicológicos e financeiros ocasionados às partes, gerados pela burocracia e lentidão do sistema processual, e pela inexistência de uma abordagem mais subjetiva e humanizada para o tratamento adequado das disputas familiares. Ainda nesse sentido, observou-se que as discussões concernentes ao divórcio, à guarda dos filhos, à divisão patrimonial, dentre outros, eram protagonizadas pelos advogados das partes, e não por elas mesmas. Tal distanciamento provocava nos envolvidos o aumento dos sentimentos de disputa e conflituosidade, uma vez que não havia diálogo entre eles, nem a construção de soluções conjuntas e a promoção da alteridade. Nesse contexto, O.J. Coogler construiu o denominado “processo de mediação estruturada”⁵, voltado para a resolução de conflitos familiares, como o divórcio. A partir deste modelo, vários outros programas de mediação familiar foram criados, todos com o intuito de tratar tais conflitos de forma mais efetiva, de modo a preservar as relações sociais familiares, tais como os laços parentais, e “proceder de forma que os filhos do divórcio se ressentissem o menos possível, além de levar os pais a conter sua agressividade mútua.” (SIX, p.55, 2001).

Na década de 90, a mediação familiar se institucionalizou por meio de grandes organizações, tal como a “Academy of Family Mediators (AFM)”, uma das organizações

⁵ O.J. Coogler construiu o denominado “processo de mediação estruturada”. Nele, a mediação é compreendida como um método de resolução de conflitos que: permite o comprometimento das partes no cumprimento do acordo construído por elas, e facilitado pelo mediador; possibilita a construção de um canal dialógico entre as partes para a solução de futuras controvérsias; viabiliza a manifestação da subjetividade e dos sentimentos dos envolvidos no conflito, assim como a percepção do outro e o reconhecimento do mesmo como sujeito de direitos; e reforça uma lógica cooperativa entre as partes, em contraponto ao paradigma ganha-perde que reforça a competitividade e a litigância (ALFINI, James J. et. al. **Mediation theory and practice**. 2nd ed. Newark: Lexis Nexis, 2006, p.18-20).

mais bem estruturadas no campo da mediação e os trabalhos na área de família. (SCHMITT, 2012, p.194).

Segundo Carrie Menkel-Meadow (2006, p. 96/98.), atualmente, a maior parte dos estados norte-americanos determina, por meio da legislação estatal, que antes da instauração do processo judicial, seja realizada, em caráter obrigatório, a mediação nos casos que envolvam a custódia e a regulação das visitas de filhos. Além disso, organizações extrajudiciais e programas desenvolvidos pelos tribunais, proporcionam serviços de mediação para as famílias. Nesse cenário, as equipes de mediação são caracterizadas por uma composição transdisciplinar, englobando profissionais das áreas do direito, da psicologia, da saúde mental e da assistência social.

4.2 A Mediação Familiar no Brasil

No Brasil, o investimento na mediação é crescente, tanto no âmbito da mediação extrajudicial, quanto na esfera da mediação judicial. Contudo, ainda é difícil levantar dados estatísticos sobre a experiência brasileira, visto que a prática é recente, assumindo maior relevância no cenário nacional na última década. Nas palavras de Camila Nicácio, “a análise da extensão do desenvolvimento da mediação é, todavia, ainda muito precária, com exceção dos Estados Unidos. No que concerne ao Brasil, os dados estatísticos são parcos e muito pouco sistematizados” (NICÁCIO, 2011, p.14).

O que se observa no cenário nacional são ações que buscam disciplinar e institucionalizar a mediação, tanto na esfera extrajudicial, quanto no âmbito judicial.

A mediação familiar extrajudicial foi a primeira a ser desenvolvida no país, por meio de programas de extensão universitária, instituições e organizações não governamentais que se propõe a formar mediadores e criar centros de mediação para a resolução dialógica de conflitos. As experiências se estendem em todo território nacional, sendo desenvolvidas e aplicadas diversas metodologias para a solução pacífica de controvérsias. Entre alguns exemplos estão: o Centro de Integração e Cidadania (CIC), instituição do Governo do Estado de São Paulo; o Centro de Mediação e Cidadania da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto; e o Programa Pólos de Cidadania⁶, da Faculdade de Direito da

⁶ A metodologia da “Mediação Cidadã”, desenvolvida pelo Programa Pólos em 2001, é adotada também pelos Núcleos de Mediação e Cidadania do Governo de Minas Gerais⁶ em mais de 20 localidades mineiras (GOVERNO de Minas Gerais, 2009, *apud* NICÁCIO, 2011, p.14). Dentre os pilares da Mediação Cidadã estão a multidisciplinaridade, o diálogo, a emancipação, a autonomia, o empoderamento das partes e a promoção de cidadania e subjetividade.

Universidade Federal de Minas Gerais, que, por meio dos Núcleos de Mediação e Cidadania, vem promovendo acesso à justiça e direitos humanos nos Aglomerados Serra e Santa Lúcia, em Belo Horizonte.

Extrajudicialmente, as experiências brasileiras demonstram que a mediação não é somente um método de resolução de conflitos, mas um projeto de sociedade⁷ transformador, que consagra o ser humano como um sujeito livre e consciente. Isto porque na mediação, o indivíduo é considerado capaz de progredir, mudar e melhorar suas capacidades de ouvir, comunicar e compreender. Por meio da mediação a pessoa se torna cidadã, retomando o poder de sua própria vida, de desenvolver suas atitudes e progredir, de se organizar, de defender seus direitos, de se emancipar e de sair de uma situação de alienação (FAGET, 2012, p. 239). Nas palavras de Miracy Gustin (2005, p.204),

A importância da resolução de problemas e conflitos a partir do mecanismo extrajudicial da mediação é que, além de realçar a autonomia dos participantes, propõe a reconstrução crítica do conflito. E, essa reconstrução tem aspectos da maior relevância. Em primeiro lugar, ela é capaz de valorizar os pontos positivos do problema/argumentação de cada envolvido. Além disso, permite a compreensão do “verdadeiro” conflito ou de seu aspecto mais importante. E, finalmente, promove a consciência das partes de que o problema tem solução e de que são eles mesmo que deverão superá-lo.

No âmbito judicial, principalmente nos últimos seis anos, houve um maior investimento na implementação da mediação, seja por meio do Movimento pela Conciliação no Conselho Nacional de Justiça, ou pelas iniciativas da Secretária de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (AZEVEDO, 2012, p. 105).

A resolução n° 125 do Conselho Nacional de Justiça (2010) dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, “considerando que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados nos país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças”.

O Projeto de Lei n. 4827/98, de autoria da deputada Zulaiê Cobra, hoje reformulado pelo anteprojeto de lei do Instituto Nacional de Direito Processual e Escola Nacional de Magistratura, estabelece a mediação judicial. Ainda nesse sentido, o Projeto de Lei do

⁷ Expressão adotada por Camila Silva Nicácio em seu artigo “La médiation, un projet de société? Aux origines du forum de la société civile sur la médiation”.(2010).

Senado, n.º 166, de 2010 – novo Código de Processo Civil – prevê na Seção V a existência de conciliadores e mediadores judiciais. Em seus artigos 144 e 145 expõe que,

Art. 144. Cada tribunal pode criar setor de conciliação e mediação ou programas destinados a estimular a autocomposição.

Art. 145. A realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

§ 2º O mediador auxiliará as pessoas interessadas a compreenderem as questões e os interesses envolvidos no conflito e posteriormente identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.

Os Tribunais pátrios vêm acompanhando tal entendimento, implementando programas que favorecem a resolução do conflito por meio da mediação. É o caso do Tribunal do Rio Grande do Sul:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. **REMESSA DOS AUTOS À CENTRAL DE MEDIAÇÃO** COM DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA PARA COMPOSIÇÃO DA LIDE. **O instituto da mediação surgiu como instrumento alternativo de resolução dos conflitos no âmbito familiar, possibilitando às partes que formatem um acordo que contemple soluções adequadas e satisfatórias para ambas, sendo a satisfação mútua e plena uma das maiores vantagens do instituto.** No caso, ainda que oportunizada a conciliação no curso da instrução, estando o feito apto a ser julgado, a designação de nova audiência para data bem próxima não tem o condão de retardar a prestação jurisdicional, mas, sim, oportunizar que as partes examinem a possibilidade de composição da lide. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (RIO GRANDE DO SUL, TJ. AI 70043106350. Rel.Des. Luiz Planella Villarinho, 2011) Grifo nosso.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por meio do Projeto “Serviço de Mediação Familiar”, afirmou a utilização da mediação nos tribunais como medida institucional de promoção dos direitos humanos e acesso à justiça. Segundo Eliedite Mattos ÁVILA (2004, p.5), responsável pela formação base de Mediação Familiar em Santa Catarina,

A mediação familiar é uma prática de intervenção alternativa e interdisciplinar, apresentando um trabalho integrado entre o juiz, o advogado, o assistente social e o psicólogo. Aquele que vier a ser mediador deverá estar desprovido de todas as suas competências profissionais e ser somente um mediador, pois a mediação não é terapia, advocacia ou aconselhamento. Ela não vem tratar as causas da separação mas sim solucionar os problemas advindos dessa ruptura objetivando a reorganização futura da família.

A implementação da mediação familiar no Poder Judiciário brasileiro, merece, contudo, profundas reflexões, para que não haja a redução e engessamento da mediação a

mais uma etapa do processo, causando mais transtornos e sofrimento às partes envolvidas no conflito familiar.

5 REFLEXÕES ACERCA DA MEDIAÇÃO FAMILIAR JUDICIAL

Pensada inicialmente como um método de resolução de conflitos extrajudiciais, a mediação hoje vem sendo incorporada ao Poder Judiciário brasileiro. É necessário problematizar tal incorporação, para que não haja o esvaziamento ou redução da mediação a um simples procedimento de obtenção de acordos.

Nos Estados Unidos, onde a mediação já ocupa a esfera judicial, foram desenvolvidos diversos estudos acerca das vantagens e desvantagens desta institucionalização.

Como vantagens são elencados: maior divulgação (popularização) do método; economia de tempo e dinheiro para os envolvidos no processo; satisfação das partes devido ao fato de que elas assumiram um papel participativo na construção da solução do caso, se tornando responsáveis e detentoras do poder de decisão; tratamento mais adequado do conflito, assim como das questões emocionais envolvidas.

Por outro lado, os aspectos negativos observados servem como alerta, uma vez que apontam para o engessamento da mediação e a perda de seu potencial transformativo. Mary Kisthardt (2006, p.575) aponta como problemas da mediação judicial familiar: a falta de preparação dos mediadores judiciais, o que causa maior disputa entre os advogados pelo “controle” do procedimento da mediação; a impossibilidade de escolha do mediador pelas partes, sendo este indicado pela corte; e o enfoque excessivo na obtenção dos acordos.

A diferença de poder entre as partes (os ex-cônjuges) e seus advogados, associada ao despreparo do mediador e à pressão para a obtenção do acordo no processo, resultam em soluções consideradas “injustas”, uma vez que não foram efetivamente construídas por ambas as partes por meio de um procedimento dialógico, empoderador e igualitário. Em tais situações, devido ao desequilíbrio de poder, o acordo favorece àquele que exerce uma influência maior sobre o outro, seja ela emocional, patrimonial e até mesmo física. A mediação é usurpada, sendo utilizada como instrumento para legitimação de injustiças e ilegalidades. Os sentimentos se tornam objetos de barganha, e até mesmo a guarda dos filhos é utilizada como moeda de troca para a elaboração do acordo final

Outro problema é a utilização da mediação, pelos advogados, como um instrumento de retardo do processo. Em tais casos, quando o magistrado encaminha o caso para a mediação obrigatória, os advogados orientam os clientes a participarem do procedimento para

“ganharem mais tempo”. Não há real intenção na transformação da disputa em algo positivo para as partes, nem na construção de um acordo que possibilite a continuidade de um relacionamento sustentável entre os ex-cônjuges.

A presença de advogados na mediação é questionada, pois as partes deixam de se envolver efetivamente na construção da solução, visto que estão sendo representadas por seus advogados. É mantido o pressuposto adversarial, no qual uma parte se coloca em oposição a outra, sendo necessária a presença de advogados para a defesa do melhor interesse de seu cliente.

Há também o reforço da lógica adversarial no contexto da mediação, uma vez que os advogados não estão preparados para o processo dialógico característico do método. A formação acadêmica dos bacharéis em direito ainda é muito voltada para o método litigioso de resolução de conflitos, havendo uma carência no estudo, pesquisa e ações de extensão acerca das formas complementares de prevenção, gestão e solução de controvérsias. Sendo assim, os profissionais não estão preparados para lidar com a mediação nos tribunais, encarando-a sob a perspectiva adversarial e processual conhecidas.

Por outro lado, segundo Mary Kisthardt (2006, p.578), muitos advogados têm encontrado dificuldades em lidar com a posição que eles ocupam na mediação. Isso porque, em alguns casos, eles observam a existência do desequilíbrio de poder entre os ex-cônjuges, assim como o reflexo de tal disparidade no acordo construído entre as partes. Contudo, ao aconselhar seu cliente acerca disso, é visto como “advogado problema”, que se coloca contra o acordo construído pelas partes e contra a atuação do mediador.

Por fim, uma das maiores críticas à mediação judicial familiar nos Estados Unidos é a obrigatoriedade de sua aplicação em alguns casos, como os de guarda. Segundo Trina Grilo, a mediação mandatória pode ser destrutiva para muitas mulheres e homens porque ela requer/exige que ambos falem e dialoguem em um procedimento que eles não escolheram, no qual frequentemente é imposto um rígido direcionamento de como as partes devem dialogar, tomar decisões, e se portar. Isso exclui a possibilidade das partes falarem por si mesmas, sendo autênticas na mediação. Além disso, a obrigatoriedade da mediação pode representar uma forma de violência às partes, uma vez que seu caráter mandatório vai de oposição à ideologia emancipadora e de empoderamento que embasam a mediação.

6 CONCLUSÃO

A experiência norte-americana de mediação judicial em conflitos familiares suscita muitas reflexões para a problematização da inclusão da mediação nos tribunais brasileiros.

É preciso considerar que a mediação não é uma panacéia universal, e sua utilização deve ser cuidadosamente pensada para que não haja o esvaziamento do método e a perda de seu potencial transformador.

Em um país onde o acesso à justiça é compreendido como acesso ao Poder Judiciário e ao processo, a inserção das formas complementares de resolução de conflitos, como meios de acesso à justiça, demanda a educação da população para a compreensão e aceitação de tais métodos de resolução de controvérsias. A imposição da mediação, como obrigatória, poderia causar efeito inverso nas pessoas, ocasionando uma descrença no potencial emancipador que ela tem, e sua conseqüente rejeição.

Tal risco se dá na medida em que, se a mediação for engessada em uma mera técnica procedimental, ela perde seu caráter transformador de tratamento adequado de conflitos e sentimentos, passando a ser considerada apenas como mais uma etapa do processo judicial. Além disso, a obrigatoriedade em mediar pode representar um risco à mediação, uma vez que uma de suas características é a voluntariedade. Isso é prejudicial, pois é necessário o envolvimento real dos indivíduos e a implicação deles na mediação para que as soluções sejam construídas, os laços dialógicos restaurados, e haja um aprendizado acerca de prevenção, gestão e tratamento de conflitos pelas partes.

A importação de modelos e soluções é arriscada, uma vez que as características históricas, sociais, econômicas e culturais do Brasil são únicas. Nesse cenário, é extremamente relevante o debate em âmbito nacional, envolvendo tanto as universidades, quanto membros dos poderes estatais, instituições e organizações não-governamentais, para a reflexão acerca da implementação da mediação judicial no Brasil e a consolidação da mediação extrajudicial, seja na esfera familiar, quanto nas demais. A reformulação do ensino jurídico brasileiro, a inserção da transdisciplinaridade para a abordagem adequada dos conflitos, a problematização da cultura adversarial e patriarcal, e a promoção de um efetivo acesso à justiça são alguns dos pontos principais a serem repensados.

REFERÊNCIAS

ALFINI, James J. et. al. **Mediation theory and practice**. 2nd ed. Newark: Lexis Nexis, 2006.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil Famílias**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2012.

ALMEIDA, Guilherme de Assis. Centro de Integração da Cidadania (CIC): uma experiência inovadora de acesso à Justiça e educação em direitos humanos. **Meritum**: Belo Horizonte, v.7, n.2, p. 11-29. jul./dez. 2012.

ÁVILA, Eliedite Mattos (Coord.); SILVA, Christiane Monique Callado; MELO, Eliane Cardoso de. (revisores). **Mediação Familiar – Formação Base**. Santa Catarina, 2004, 98p. Apostila de formação de mediadores do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

AZEVEDO, André Gomma de. Políticas públicas para formação de mediadores judiciais: uma análise do modelo baseado em competências. **Meritum**: Belo Horizonte, v.7, n.2, p. 103-140. jul./dez. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: ANGER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum acadêmico de direito RIDEEL**. 14ª ed. atual e ampl. São Paulo. RIDEEL, 2012.

BRASIL. **Projeto de Lei** do Senado, n.º 166, de 2010. Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>. Acesso em 29 de julho de 2013.

BONAFE-SCHMITT, Jean-Pierre. Os modelos de mediação: modelos latinos e anglo-saxões de mediação. **Meritum**: Belo Horizonte, v.7, n.2, p181-227. jul./dez. 2012.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, reimpresso em 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução CNJ n.º 125**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em 28/06/2013.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 6. ed. ver, atual e ampl. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, 2010, p.85.

DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias; PEREIRA, Rúbia Mara Possa. A efetividade do acesso à justiça pela mediação no município de Ouro Preto: a busca pela identidade entre a justiça que se espera e a justiça que se presta. **Meritum**: Belo Horizonte, v.7, n.2, p. 61-102. jul./dez. 2012.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **A guarda dos filhos na Família em Litígio: uma interlocução da Psicanálise com o Direito**. 3ª ed.rev.atual e ampliada. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009.

FAGET, Jacques. As vidas divididas da mediação. **Meritum**: Belo Horizonte, v.7, n.2, p. 61-102. jul./dez. 2012.

GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro. Imago, 2003.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. Resgate dos direitos humanos em situações adversas de países periféricos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, nº 47, p.181-216, jul-dez, 2005.

KISTHARDT, Mary Kay. The use of mediation and arbitration for resolving family conflicts: what lawyers think about them. In ALFINI, James J. et. al. **Mediation theory and practice**. 2nd ed. Newark: Lexis Nexis, 2006, p. 575.

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

MENKEL-MEADOW, Carrie. **Mediation: practice, policy and ethics**. 1st.ed. New York: Aspen Publishers, 2006, p. 96-98.

NICÁCIO, Camila Silva. Direito e Mediação de Conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, nº 59, p.11-56, jul.dez. 2011. Disponível em <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/148>. Acesso em 8 de julho de 2013.

C. NICÁCIO, Camila Silva. **La médiation, un projet de société?** Aux origines du forum de la société civile sur la médiation. Cahiers d'Anthropologie du Droit, Paris, p. 193-212, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. AI 70043106350. Rel.Des. Luiz Planella Villarinho. Data da publicação 06/06/2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br>. Acesso em 28/06/2013.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte. Del Rey, 2006.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena. DELGADO, Gabriela Neves. NUNES, Raquel Portugal. **Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: Editora LTr, 2010.

POMPEU, Renata Guimarães. A mediação nos conflitos familiares: convite ao exercício dialógico da autonomia privada. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado et al (Coord.). **Problemas da Família no Direito**. Belo Horizonte. Del Rey, 2011.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da Mediação**. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

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