

O AFETO COMO DIFERENCIAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES: UM CONVITE À MEDIAÇÃO COMO MEIO ADEQUADO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS | *AFFECTION AS A DIFFERENTIAL FACTOR IN FAMILY RELATIONS: AN INVITATION TO MEDIATION AS A PROPER MEANS OF RESOLVING CONFLICTS*

GLENDIA FELIX OLIVEIRA

RESUMO | A família passou por uma série de transformações ao longo dos anos, deixando para trás o caráter meramente biológico e passando a se apoiar em novas bases. Atualmente, a família deve ser compreendida como um grupo social que se baseia em torno de laços afetivos. Em razão dessa nova moldura, surgiu o desafio de estabelecer formas para a resolução de conflitos decorrentes dessas relações. Diante disso, este artigo teve o objetivo de, por meio da pesquisa bibliográfica, apontar as peculiaridades das relações familiares, contemplando o afeto como seu traço diferencial. Teve ainda a ambição de compreender a mediação como a forma mais adequada para a resolução de tais conflitos. O método escolhido foi o jurídico-sociológico, que nos levou a constatar que a mediação deve ser estimulada nas ações familiares, por conseguir trabalhar de forma técnica com fatores tão subjetivos. O afeto, como base das relações familiares atuais, merece tratamento adequado dentro e fora do judiciário.

PALAVRAS-CHAVE | Direito de Família; Afeto; Resolução de Conflitos; Mediação.

ABSTRACT | *The family has undergone a series of transformations over the years. It left behind the merely biological character and began to rest on new foundations. Today it should be understood as a social group that is based around affective bonds. Because of this new framework, the challenge of establishing ways to resolve conflicts arising from these relations emerged. This article had the objective of – through the bibliographical research – pointing out the peculiarities of family relations, contemplating affection as its differential trait. It also had the ambition to understand mediation as the most adequate way of resolving such conflicts. The chosen method was legal-sociological, leading us to confirm that mediation should be stimulated in family law cases, for being able to work in a technical way with such subjective factors. Affection, as the basis of current family relations, deserves adequate treatment within and outside the judiciary.*

KEYWORDS | *Family Law. Affect. Conflicts Resolution. Mediation.*

1. INTRODUÇÃO

Ao longo da história da humanidade, várias foram as transformações ocorridas na família. Tais transformações proporcionaram-lhe, enquanto grupo social, assumir um papel de altíssima importância e ímpar responsabilidade ante os indivíduos que a compõem, especialmente após o advento da Constituição Federal de 1988, que buscou acolher as transformações paradigmáticas ocorridas neste âmbito.

O atual estágio de efetivação de princípios constitucionais como a liberdade e a igualdade, sublimados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente na esfera do Direito de Família, fez surgir um novo e aclamado princípio: o princípio da afetividade –, que tem acolhido o pluralismo familiar previsto constitucionalmente e ampliado sua forma de se estabelecer para além do *numerus clausus* que alguns juristas e doutrinadores tanto defenderam.

Há uma nova realidade fática e jurídica girando em torno dos atuais arranjos familiares, abandonando-se, desse modo, o antigo padrão familiar cravado na ideia de uma instituição construída exclusivamente pelas amarras do matrimônio monogâmico e indissolúvel, tendo como núcleo central as figuras do pai, da mãe e dos filhos biológicos.

Esse tipo de família continua existindo e tem muita importância, tanto para a história da sociedade quanto para o mundo do Direito, entretanto é o “modelo clássico oficial” que já não pode mais ser considerado como único parâmetro para definir a família na atualidade. A partir do momento em que se compreende que o elemento primordial da família na atualidade não é mais o laço biológico, e sim o laço afetivo, independentemente de vínculo de parentesco, chega-se finalmente à luz da interpretação constitucional e, então, entende-se que, conseqüentemente, tal qual a causa e o efeito, esta nova visão sobre a família gerará os mais diversos reflexos jurídicos e merece a efetivação da especial proteção estatal.

Em razão da nova moldura em que se apresenta o Direito de Família, ou melhor, da impossibilidade de se amoldá-lo a regramentos legais antiquados, surge o desafio de estabelecer formas para a

resolução de conflitos jurídicos decorrentes das relações familiares, respeitando-se as peculiares inerentes à matéria.

Como bem descreve Geraige Neto (2003), o acesso à justiça não pode ser reduzido ao mero ingresso em juízo, pois representa algo mais abrangente, devendo ser entendido como disponibilidade de meios adequados à solução dos conflitos, atentando-se para as reais necessidades dos interessados, inclusive jurídicas, econômicas, sociais e, não menos importante, emocionais.

Quando a parte apresenta ao Estado sua petição, com a finalidade de receber a tutela jurisdicional, não é somente um caso patrimonial que demanda solução jurídica, por meio da utilização das fórmulas legais, mas sim sonhos desfeitos, amores perdidos, lares despedaçados, ou seja, o Estado passa a ter a responsabilidade de lidar com o passado já comprometido, com o fito de restabelecer a esperança desse jurisdicionado no futuro.

Daí o grande progresso no ordenamento jurídico pátrio ao estabelecer, com o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e com a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), normas que privilegiem formas mais adequadas de solução de conflitos, em especial a mediação, que se preocupa com a manutenção das relações continuadas, sendo a solução jurídica dos conflitos um viés a ser incentivado, mas não o fim em si mesmo.

A mediação faz com que os próprios interessados possam decidir a solução que melhor atenda às suas necessidades, tendo um terceiro como facilitador. A mediação se apresenta como um meio mais adequado à resolução de conflitos familiares do que uma decisão judicial, visto que a mediação visa a preservar os laços existentes entre os envolvidos, ou seja, há preocupação com a afetividade dessas pessoas.

Diante disso, este artigo tem o objetivo de, por meio da pesquisa bibliográfica, apontar as peculiaridades das relações familiares, contemplando o afeto como fator propulsor desses enlaces. Em consequência, tem ainda a ambição de compreender a mediação como a forma mais adequada para a resolução de tais conflitos. Para tanto, o método escolhido foi o jurídico-sociológico, que se destina a

buscar compreender o fenômeno jurídico na sociedade e “trabalha com noções de eficiência, eficácia e de efetividade das relações direito/sociedade, com a realização concreta de objetivos propostos pela lei, por regulamentos de todas as ordens e de políticas públicas ou sociais” (GUSTIN; DIAS, 2010, p. 22).

O artigo está assim estruturado: o tópico 2 discorre sobre o afeto como diferencial nas relações de família, demonstrando por que o Direito de Família é tão sensível e demanda tanto cuidado no seu trato, o que requer meios mais adequados para a resolução dos conflitos, a exemplo da mediação. Em seguida, no tópico 3, o sistema multiportas trazido pelo novo Código de Processo Civil é apresentado ao leitor, dando destaque à mediação como uma das multiportas de acesso à justiça. O tópico 4 ficou com a responsabilidade de explorar a mediação nas relações familiares, expondo essa forma de resolução de conflitos como a mais adequada, principalmente por se tratar de relações continuadas, em que o objetivo principal não é a solução jurídica ou judicial dos interesses materiais envolvidos, mas o restabelecimento do diálogo e a preservação dos laços existentes entre os interessados.

Por fim, nas Considerações Finais, buscou-se sintetizar a importância de conceder tratamento diferenciado às questões que tratam sobre o Direito de Família, especialmente buscando soluções especializadas sobre a matéria, fortalecendo a participação e a autonomia dos próprios interessados.

2. O AFETO COMO DIFERENCIAL NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

A família é o local em que o indivíduo estabelece as suas primeiras relações sociais. É a unidade social mais antiga de que se tem notícia na história da humanidade e, como tal, passou por profundas transformações ao longo dos tempos. Paulatinamente, as relações familiares deixaram de ser pautadas pura e simplesmente em questões religiosas, reprodutivas, econômicas, patrimoniais ou meramente biológicas e passaram a ser pautadas na solidariedade e no afeto.

A família contemporânea está assentada em novas bases e revestida de novos valores (FARIAS; ROSENVALD, 2016) que rompem

definitivamente com a concepção tradicional de família. Dessa forma, a família deve ser atualmente compreendida como um grupo social que se baseia e se mantém em torno de laços afetivos. O elemento primordial das relações familiares atuais não é o laço de sangue, o vínculo biológico ou patrimonial como foi outrora, mas sim o laço afetivo intrínseco à natureza humana. “A afirmação atribuída a Aristóteles de que o homem é um animal racional deve ser complementada à luz do desenvolvimento alcançado pelas ciências humanas: o homem é um animal racional e afetivo” (SANTOS, 2009, p. 199).

De acordo com Ferreira (2010), o afeto relaciona-se diretamente a um conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões, acompanhados sempre da impressão de dor ou prazer, de satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagrado, de alegria ou tristeza. É um sentimento inerente à natureza humana, que permeia as relações familiares.

O afeto consiste em objeto de estudo das ciências que estudam o sentimento e o comportamento humano, como a Psicologia, a Sociologia, e a Filosofia. Ainda não é objeto de estudo do Direito, mas, se o afeto é a mola propulsora das relações familiares, o Direito de Família não pode fechar os olhos para ele.

Ocorre que, no bojo das relações privadas pautadas no afeto, originam-se conflitos que se refletem na esfera jurídica com enorme relevância, tornando-se, aos partícipes dessas relações, extremamente complexos e, por vezes, impossíveis de serem solucionados, o que acaba impondo a necessidade da intervenção estatal também nessa seara.

Pioneiramente, no ano de 2006, seguindo soluções e adequações apresentadas pela doutrina e jurisprudência nacional, além da histórica e incansável luta da Maria da Penha em busca da garantia de seus direitos, que atingiu a esfera jurídica internacional, surgiu a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que buscou coibir abusos e violências praticados no seio da relação familiar, tendo que, para tanto, conceituar o que se entende hodiernamente por família, oportunidade em que, expressamente, albergou o afeto como elemento desse instituto:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

[...]

III - em qualquer relação íntima de **afeto**, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação [destaque nosso] (BRASIL, 2006).

De antemão, Dias (2011, p. 43) ressalta que não há razão para se dizer que esse conceito serve tão só para flagrar a violência. Ainda que esse seja o seu objetivo, acabou por estabelecer os contornos de seu âmbito de abrangência, ou seja, o que se entende por família.

O afeto tem sido garantia da realização pessoal do indivíduo, e, por conseguinte, a concretização da felicidade humana no âmbito das relações familiares. Conforme dito por Maluf (2012), esse sentimento de valor jurídico tão relevante assegura ao grupo familiar um vínculo mais consistente do que a simples conjunção de interesses.

Nesse mesmo sentido, Soares (2013) salienta que o afeto não é algo juridicamente criado. O máximo que o Direito pode fazer é reconhecê-lo como valor jurídico, pois, conforme afirmou Farias (*apud* SOARES, 2013, p. 16): “o legislador não cria a família, como o jardineiro não cria a primavera; soberano não é o legislador, soberano é a vida”.

Diante do longo processo constitucional de reconhecimento da valorização do afeto, o ordenamento jurídico passa a inquietar-se com a finalidade de efetivar a dignidade ao indivíduo. Ao lidar com o afeto, o Direito de Família torna-se o mais humano de todos os direitos, já que trata de perto da pessoa com seus sentimentos, perdas e frustrações (DIAS, 2011). A questão patrimonial é mero pano de fundo. Ao revelar o afeto como ponto nuclear nas relações familiares, o trato com o tema gera especificidades, e cabe ao civilista abordar o assunto com especial atenção a valores subjetivos relevantes e complexos (TARTUCE, 2008).

O fim de relacionamentos amorosos costuma ganhar, no judiciário,

a forma de ações de separações, divórcios, reconhecimento e dissoluções de uniões estáveis, mas, para os envolvidos, ganha a forma de “projeto de vida que não deu certo”. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

[...] ao se apaixonarem, as pessoas sentem ter a parte que lhes faltava e nada mais fazem do que projetar sobre o outro sua própria imagem ou a imagem de seu ideal – “inventa-se” o outro, agigantando suas qualidades e defeitos. Assim quando se rompe o sonho da plenitude da felicidade, as pessoas se deparam com o desespero, com o desamor, e partem em busca de um culpado. As separações acarretam perdas emocionais, lutos afetivos pela morte de um projeto a dois, pelo fim dos sonhos acalentados e não realizados (DIAS, 2011, p. 82).

Na busca pelo “culpado”, aqueles que um dia se amaram acabam entrando em conflito. Os conflitos advindos das relações familiares pautados no (des)amor ou no (des)afeto (fim do sonho) batem às portas do judiciário. Ao bater às portas do judiciário, o Estado acaba intervindo na esfera íntima dos envolvidos. Um “estranho” entra na relação que foi construída a dois, adentra no lar para dividir o que foi adquirido em conjunto, para definir quem “fica” com filhos que não foram por ele gerados.

O “estranho” (juiz) é chamado a resolver questões que conhece só de ouvir falar, mas que não vivenciou. É chamado a interferir na comunhão de vida instituída pela família, o que se denomina de heterocomposição (solução dada por um terceiro).

Embora a própria lei vede a qualquer pessoa de direito público ou privado interferir na comunhão de vida instituída pela família, conforme preceitua o art. 1.513 do Código Civil, “de modo frequente, o legislador praticamente instala o juiz dentro da família para solver conflitos e desentendimentos surgidos mesmo durante o período de convívio

(DIAS, 2011, p. 90)”.
Ocorre que a Constituição Federal dispõe, no seu art. 226, § 8º, que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram e “a presença de um estranho no seio da família não deixa de configurar afronta à **intimidade** e à própria **privacidade** de seus membros (DIAS, 2011, p. 90)”.
Esse “estranho” impõe a decisão que deve ser cumprida, mas “o indivíduo não deve necessitar da decisão impositiva de um terceiro que não conhece detalhes da sua relação controvertida (TARTUCE, 2008, p. 278)”. Quando se trata da vida afetiva das pessoas, uma decisão judicial não tem, por si só, o condão de sanar os conflitos envolvidos (DIAS, 2010).

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, sentimento 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, 2011, p. 85).

Dessa forma, para que as sentenças judiciais não perpetuem o sentimento de impotência, faz-se necessário recorrer a outros métodos de composição de litígios que respeitem mais esse sentimento. E, para isso, é preciso buscar os meios de solução mais adequados para cada tipo de situação, não bastando a imposição autoritária da vontade fria da lei (THEODORO JÚNIOR *et al.* 2015). “Fala-se, nesse sentido, na criação de novas vertentes para certos tipos de atuação jurisdicional, que enriqueceriam o processo com instrumentos capacitados a realizar

a justiça que Cappelletti chama de *coexistencial*” (THEODORO JÚNIOR *et al.* 2015, p. 216).

Outros instrumentos, além do contencioso, devem ser buscados. Nas palavras de Cappelletti:

Entendo, com efeito, que em muitos aspectos da vida contemporânea o que mal se justifica é precisamente o caráter contencioso da relação, o qual deve ser, tanto quanto possível, evitado ou atenuado. Isso é verdade sobretudo quando entre as partes subsistem relações duradouras complexas e merecedoras de conservação. Em tais relações, a lide não representa outra coisa senão um momento ou sintoma de tensão que, nos limites do possível, deve ser tratada. A decisão judicial emitida em sede contenciosa presta-se otimamente a resolver relações isoláveis e meramente interindividuais; ela se dirige a um episódio do passado, não destinado a perdurar. A justiça coexistencial, pelo contrário, não visa a trancher, a decidir e definir, mas antes a “remendar” (falei justamente de uma *mending justice*) uma situação de ruptura ou tensão, em vista da preservação de bem mais duradouro, a convivência pacífica de sujeitos que fazem parte de um grupo ou de uma relação complexa, a qual dificilmente poderiam subtrair-se (CAPPELLETTI, 1992, p. 125).

A justiça coexistencial prima pela preservação dos laços entre os envolvidos, no entanto não se busca a reconstituição do passado, mas a construção do futuro, ao passo que a decisão judicial, em um processo contencioso, não é capaz de levar os envolvidos a reflexões, a compreender, por exemplo, que:

[...] a família constituída de pai, mãe e filhos não

acaba com o nascimento do conflito que levou ao pedido de separação. Pelo contrário, é a construção de um outro laço parental, baseado no respeito pela individualidade e limitações pessoais. Na realidade, o que termina é a relação do casal homem e mulher e não pai, mãe e filhos, que isso é indissolúvel (BRAGA NETO, 2004, s.p.).

As causas de família requerem sensibilidade e conhecimentos específicos que vão além do Direito, demandando que as técnicas adequadas para a solução mais apropriada assumam um caráter interdisciplinar, multirreferencial, que imporá a participação de outros setores do conhecimento para dirimir o conflito de forma mais efetiva e eficaz (FARIAS; ROSENVALD, 2016). Por meio da mediação, é possível dar um tratamento interdisciplinar e adequado aos conflitos que envolvem as relações familiares.

O judiciário, e dentro dele a decisão judicial, não deve ser a única porta em que os conflitantes possam bater em busca de ajuda. Para oferecer a ajuda adequada a cada situação conflituosa, é preciso que haja multiportas.

3. A MEDIAÇÃO COMO UMA DAS MULTIPORTAS DE ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça é o mais básico dos direitos humanos, sendo um dos elementos que constitui o exercício da cidadania (CAPELETTI; GARTH 1988). Assim, é preciso garantir o acesso das pessoas à justiça, por meio da simplificação dos procedimentos e da criação de alternativas de justiça (CAPPELLETTI, 1992).

Nota-se assim que o acesso à justiça está mais ligado à satisfação do usuário (ou jurisdicionado) com o resultado final do processo de resolução de conflito do que com o mero acesso ao poder judiciário, a uma relação jurídica processual ou ao

ordenamento jurídico material aplicado ao caso concreto. De fato, as pesquisas desenvolvidas atualmente têm sinalizado que a satisfação dos usuários com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o procedimento foi justo, bem como, nas hipóteses permitidas na lei (AZEVEDO, 2016, p. 39).

Para que haja essa percepção de que o procedimento foi justo, cada conflito deve ser direcionado para a via adequada a ele, levando em consideração as suas peculiaridades. Com base nesse entendimento, por meio da Resolução 125 de 29 de novembro de 2010, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ dispôs sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, com a finalidade de assegurar a todos o emprego de meios adequados à resolução de conflitos, de acordo com a natureza e as peculiaridades do caso concreto, assim dispondo no artigo 1º da Resolução:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de solução de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, com a mediação e a conciliação, bem assim prestar orientação e atendimento ao cidadão (CNJ, 2010).

Na busca pela concretização do acesso à justiça, o novo Código de Processo Civil deu respaldo à Resolução 125 do CNJ e trouxe um quadro de soluções integradas. Uma vez proposta a demanda, há a possibilidade de aplicar a técnica mais adequada para o

dimensionamento de cada conflito (THEODORO JÚNIOR, *et al.*, 2015).

O novo CPC adotou como norma fundamental do processo civil o princípio de promoção pelo Estado da solução por autocomposição, que passou a ser uma questão de política pública (DIDIER JÚNIOR, 2015). Assim dispõe o novo CPC

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

[...]

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

§3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (BRASIL, 2015).

O novo CPC determinou que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos devem ser estimulados pelos operadores do Direito, inclusive no curso do processo judicial. Isso representa um ganho inestimável e faz com que todos os operadores do Direito estejam sendo obrigados a estudar a teoria desses novos métodos para que possam corretamente encaminhar as partes em conflitos (BARBOSA, 2016).

O novo CPC tratou a conciliação e a mediação não como meios alternativos de resolução de conflitos, mas como meios integrados, já que previu a sua realização no processo judicial, sem, no entanto, eliminar sua independência. Com essas novas diretrizes processuais, o judiciário deve deixar de ser apenas um espaço de julgamento e se tornar um espaço de resolução de conflitos, propiciando um redimensionamento e democratização do modelo de prestação jurisdicional, respeitando a autonomia dos cidadãos (CUNHA; LESSA, 2014).

Cabe ressaltar que as multiportas oferecidas ao jurisdicionado, o que inclui a conciliação e a mediação, não foram inseridas no novo CPC

apenas com a finalidade de diminuir custos e desafogar o judiciário, até mesmo porque, pela sistemática do novo CPC, é preciso capacitação obrigatória dos profissionais envolvidos na mediação (art. 167, §1º), que irão receber pelo seu trabalho (art. 169), criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC (art. 165), possibilidade de realizar tantas sessões quantas sejam necessárias de mediação ou conciliação (art. 696) e não obrigatoriedade da realização de acordos (art. 697), o que requer investimento de dinheiro e tempo. Dessa forma,

Não se pode referir a mediação como uma forma alternativa de resolução de conflitos que busque desafogar o Poder Judiciário, através da autocomposição e resolução do conflito de forma informal. A mediação, no panorama atual, concentra-se em resgatar o diálogo entre os litigantes e, através da organização da linguagem, por um terceiro aceito por eles, possibilitar a discussão e compreensão do conflito, sem que seja imprescindível a sua solução. Pretende-se, a partir de delongada investigação, apontar os procedimentos desse método como uma proposta de acesso à justiça de forma facilitada, e mais que isso, de forma autônoma e pessoalizada, proporcionando, dessa forma, o exercício da cidadania frente à jurisdição e a democratização da justiça (SURLO; DIAS, 2014, p. 148).

Vale a pena também transcrever as palavras de Aguida Arruda Barbosa (2016), que, durante doze anos, presidiu a Comissão de Mediação do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM:

O filósofo e mediador francês JeanFrançois SIX diz que quando uma palavra entra na moda é porque seu conteúdo está doente. Nunca se falou tanto de mediação: é a palavra da moda. Está sempre atrelada à ideia equivocada de que ela se presta

a “desafogar” o Judiciário. Eis o conteúdo doente do qual a mediação é o invólucro. Este sistema de jurisdição está esgotado e precisa de uma renovação adequada à nova mentalidade, aos novos valores do jurisdicionado do século XXI. E a mediação é o caminho para introduzir um novo paradigma como acesso à ordem justa. Sob este aspecto, pode-se dizer que as normas que visam à regulação da mediação, mesmo que ainda distantes do ideal de justiça, representam os primeiros passos de uma grande caminhada (BARBOSA, 2016, s.p.).

O que se busca nessa nova caminhada é não deixar somente a cargo do juiz a decisão sobre a vida privada das pessoas, afastando-se assim um pouco da heterocomposição e da coercibilidade. O que se propõe é proporcionar autonomia aos envolvidos em uma relação conflituosa, de modo a permitir-lhes uma participação ativa no rumo dado às questões que envolvem suas vidas.

Por meio da autocomposição, é possível haver uma democratização dentro do judiciário, já que a decisão que até então saía das mãos de uma única pessoa (o juiz) passará a sair das mãos dos jurisdicionados (respeitando os ditames da lei), cabendo ao juiz apenas homologá-la. Além disso, “a autocomposição tende a se perpetuar e evitar, inclusive, novos conflitos, por explicitar uma maturidade dos interessados e a efetiva solução do problema (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 147)”.

A partir dessas premissas, o novo CPC determina que, nas ações de família, é preciso pelo menos tentar dar uma solução consensual à controvérsia, por meio da mediação e da conciliação, possibilitando ao juiz contar com o auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento, que atuarão como mediadores e conciliadores.

Dessa forma, ao envolver profissionais de áreas diferentes, o judiciário abre as portas para a mediação e para a conciliação, dando-lhes o caráter multidisciplinar tão necessário no trato com as relações familiares. Com a mediação e a conciliação, busca-se proporcionar aos envolvidos nas demandas de família a oportunidade de serem

protagonistas, de estabelecerem um diálogo, de buscarem uma justiça coexistencial.

Os artigos 694 e 695 do novo CPC dispõem sobre a mediação e a conciliação para as ações de família:

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

Parágrafo único. [...]

Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação de réu para comparecer à **audiência de mediação e conciliação**, observado o disposto no art. 694 [destaques nossos] (BRASIL, 2015).

Embora o novo CPC fale de mediação e conciliação conjuntamente nos artigos 694 e 695, uma e outra se prestam a finalidades diferentes. Dessa forma, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald esclarecem que:

Para os conflitos patrimoniais o caso é de conciliação; para os existenciais, mediação. Isso porque, como bem explica Conrado Paulino da Rosa, em bela obra dedicada ao tema, o conciliador “exerce a função de negociador do litígio, reduzindo a relação conflituosa”. Diferentemente, a mediação é “um processo de transformar antagonismos em convergências, não obrigatoriamente em concordâncias” (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 147).

Embora haja sensíveis diferenças entre a mediação e a conciliação,

a Resolução 125 do CNJ não trouxe a distinção entre elas, assim como a Lei de Mediação (Lei nº. 13.140/2015), que utiliza os termos mediação e conciliação como se fossem sinônimos.

Para tornar nítida a diferença existente entre mediação e conciliação, não deixando a cargo apenas da doutrina, o CNJ (2015) esclarece que a mediação é um método de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa, que é neutra e imparcial, funciona como facilitador do diálogo entre os envolvidos, visando dar-lhes oportunidade de construir com autonomia e solidariedade a melhor solução para o conflito.

O CNJ (2015) esclarece ainda que a mediação, em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais ou complexos e não tem como finalidade principal o acordo, mas o diálogo entre os envolvidos, que pode resultar ou não em acordo, ao passo que se refere à conciliação como um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, facultando ao conciliador adotar uma posição mais ativa (sugerindo, por exemplo), porém neutro com relação ao conflito e imparcial. Por meio dela, busca-se a harmonização social e a restauração da relação social das partes, dentro dos limites possíveis.

Não obstante os artigos 694 e 695 do novo CPC não tenham feito distinção entre a mediação e a conciliação, o novo CPC reconhece a existência de diferenças entre elas. Todavia, deixa isso explícito não ao dispor sobre a mediação e a conciliação, mas ao dispor sobre o mediador e o conciliador.

Assim, o novo CPC dispõe que o mediador atuará preferencialmente nos casos em que há vínculo anterior entre os conflitantes, ajudando-os a restabelecer a comunicação. Restabelecida a comunicação, os envolvidos podem por si próprios encontrar soluções consensuais. Quanto ao conciliador, o novo CPC dispõe que ele deve atuar preferencialmente em situações nas quais não haja vínculo anterior entre as partes, podendo sugerir soluções para o litígio. Dessa forma, a própria lei se encarregou de distinguir as atuações do mediador e do conciliador:

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

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

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

§3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (BRASIL, 2015).

Fica fácil constatar que, em relação aos conflitos familiares, os quais, por sua natureza, costumam ser de ordem existencial, apresentando questões patrimoniais apenas como pano de fundo, a mediação é o instrumento mais adequado, “servindo para arrefecer os ânimos das partes e, ao mesmo tempo, auxiliar a deliberação de decisões mais justas e consentâneas com os valores personalíssimos de cada um dos interessados” (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 149). Portanto, embora o novo CPC preveja tanto a possibilidade da conciliação quanto da mediação para as ações de família, a mediação deve ter prioridade em detrimento da conciliação.

Nas ações relacionadas às questões familiares, deve-se marcar a

audiência de mediação, por ser a regra, devendo o mediador avaliar o caso concreto, e, se perceber que é audiência de conciliação, deverá conduzi-la, já que tem condições de fazê-lo, inclusive aplicando técnicas da mediação. Entretanto, o contrário não pode ser aplicado, já que a formação do conciliador não o instrumentaliza a mediar. Daí por que, nas ações de família, deve-se dar preferência às mediações.

4. A MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

A mediação é o instrumento mais adequado para tratar das situações conflituosas nas relações familiares, já que essas são pautadas em sentimentos que não podem ser deixados de lado. A mediação não despreza os sentimentos envolvidos. Nesse sentido, Maria Berenice Dias define a mediação nos seguintes termos:

A mediação pode ser definida como um acompanhamento das partes na gestão de seus conflitos, para que tomem uma decisão rápida, ponderada, eficaz e satisfatória aos interesses em conflito. Deve levar em conta o respeito aos sentimentos conflitantes, pois coloca os envolvidos frente a frente na busca da melhor solução, permitindo que os envolvidos, através de seus recursos pessoais, se reorganizem. O mediador favorece o diálogo na construção de alternativas satisfatórias para ambas as partes. A decisão não é tomada pelo mediador, mas pelas partes, pois a finalidade da mediação é permitir que os interessados resgatem a responsabilidade por suas próprias escolhas (DIAS, 2011, p. 85).

Como bem expõe Warat (2001), na mediação, o afeto precisa ser bem trabalhado pelo mediador, que não pode se mostrar indiferente aos sentimentos que as partes carregam, impulsionando uma transformação no tratamento com que as ações familiares foram tratadas até hoje. Ao

falar sobre as suas experiências, Warat diz que:

Há pouco tempo, em uma aula de mediação, um juiz perguntou-me como se pode executar um acordo obtido mediante um processo de mediação. Ficou abalado com minha resposta: “os afetos nunca podem ser executados.” Minha resposta o surpreendeu porque estava raciocinando com os mitos, as crenças, o senso comum dogmático que organiza a cabeça dos juristas em geral. A mediação precisa ser entendida, vivida, acionada com outra cabeça, a partir de outra sensibilidade, refinada e ligada com todas as circunstâncias, não só do conflito, mas do cotidiano de qualquer existência. Quem vai mediar precisa estar ligado com a vida” (WARAT, 2001, p. 38).

Ao buscar definir a mediação, especificamente nas relações familiares, o Curso de Mediação de Família oferecido pelo CNJ o faz como:

[...] um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por um terceiro neutro ao conflito, ou um painel de pessoas, sem interesse na causa, para auxiliá-las a chegar a uma composição dentro de conflitos característicos de dinâmicas familiares e, assim estabilizarem, de forma mais eficiente, um sistema familiar.

Na sua essência a mediação de família consiste em uma negociação assistida ou facilitada por um ou mais colaboradores em que se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais, pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(am) a negociação entre membros de uma família em conflito, habilitando-os a melhor entenderem

suas posições e encontrar soluções que se compatibilizem com seus interesses e necessidades (CNJ, 2015, p. 15).

Sempre que possível, a mediação deve ser o instrumento utilizado na tentativa de dirimir os conflitos familiares. Afinal de contas, a mediação é um método humanizado, adequado para lidar com sentimentos, e que prima pela comunicação. Para que haja comunicação, é preciso mais do que ouvir e ser ouvido, é preciso compreender e ser compreendido. A mediação propicia

[...] espaço de fala e de escuta - permitindo que os conflitos sejam transformados - e não meramente solucionados, reducionismo incompatível com a sua natureza, que não admite esta forma de extinção, como a previsão geral para as relações jurídicas, desde que não envolvam emoções e sofrimento humano (BARBOSA, 2016, s.p.).

Além de propiciar o resgate da comunicação, a mediação desperta também responsabilidades, mudanças e o reconhecimento de um amor “possível” mesmo diante do desamor, principalmente em relação aos filhos (BARBOSA, 2016). Deve haver a preocupação com todos os envolvidos, no entanto com especial atenção aos filhos, já que é possível pôr fim ao vínculo jurídico do casamento, extinguir a união estável, mas as relações parentais (mesmo as socioafetivas) devem ser perenes e sadias.

Diante de todas as peculiaridades que envolvem as relações familiares, a mediação é o método mais apropriado para tratar os conflitos que as envolvam, mas é preciso observar a mediabilidade. A mediabilidade (BARBOSA, 2016) consiste em constatar se determinado caso é passível de encaminhamento para o procedimento da mediação.

O novo CPC não tratou especificamente da mediabilidade. Ao falar das ações de família, o art. 693 apenas dispõe que as normas daquele capítulo dizem respeito aos processos litigiosos envolvendo divórcio,

separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação, esclarecendo, porém, que às ações de alimentos e àquelas que envolvam interesse de crianças ou adolescentes, embora seja necessário observar procedimento próprio, podem ser aplicadas, no que couber, as disposições ali previstas. Dessa forma, todas essas situações conflituosas a princípio são mediáveis.

No entanto, ao falar da mediabilidade, o CNJ (BARBOSA, 2016) esclarece que nem todos os conflitos que envolvam questões familiares devem ou podem ser encaminhados para a mediação e chama a atenção para casos que envolvam violência doméstica, abuso de menores, dependência química e doença mental (passível de interdição).

De acordo com o CNJ (2015), a violência doméstica não é mediável e, ao deparar-se com um caso em que perceba a existência de violência doméstica, o mediador deve remetê-lo ao CEJUSC (ou à vara de origem, indicando apenas “caso não mediável”). No entanto, caso o mediador perceba que, no passado, houve violência doméstica, mas que esta não mais persiste, não há impedimento. Todavia, a violência em si não deve ser mediada, e sim outras questões familiares, como a guarda, alimentos, partilha de bens, entre outros.

Observado o requisito da mediabilidade, sempre que possível, a mediação deve ser utilizada no tratamento dado aos conflitos familiares. Só assim se consegue garantir a especial proteção do Estado e a assistência na pessoa de cada um dos que a integram, conforme preceitua a Constituição Federal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ações pertinentes ao Direito de Família não podem ser tratadas apenas pelo ponto de vista jurídico, em razão da forte carga emocional que cerca as relações familiares. Tratá-las apenas sob esse viés é desprezar o ser humano que integra e interage para formar a família, em especial o afeto que existe, ou pelo menos existiu, entre os interessados.

Quando se trata de Direito de Família, deve-se ater primeiramente

ao fato de que a família passou por transformações históricas e que essas transformações devem ser respeitadas. Além disso, qualquer contribuição de um terceiro na construção da solução deve ocorrer com o fito de não criar maiores celeumas e assim alcançar, da melhor forma possível, a decisão que os interessados entenderem mais pertinente ao caso concreto.

Outra não poderia ser a conclusão, senão a indicação do uso da mediação quando se tratar de ações relacionadas a Direito de Família, principalmente por serem relações continuadas e que demandam o restabelecimento ao menos do diálogo entre os interessados.

Ao falar do papel do mediador no art. 165, §3º, o novo CPC deixa claro que a mediação é o meio mais adequado para ser empregado às ações que envolvem Direito de Família, em virtude do vínculo pré-existente entre os envolvidos. Esses vínculos englobam o afeto.

O mediador, por meio de ferramentas que provocam a mudança de postura dos interessados, apresenta-se como um agente preparado para lidar com o afeto que comumente permeia as relações familiares.

Ante o que foi explanado, a mediação deve ser incentivada, estimulada e vista como etapa obrigatória nas ações familiares, por conseguir trabalhar de forma técnica com fatores tão subjetivos como o afeto e todos os sentimentos que normalmente cercam os interessados nessas questões. A mediação é ato de amor que deve envolver tanto os interessados quanto o próprio mediador. O afeto é a base das relações familiares na atualidade e merece tratamento adequado dentro e fora do judiciário.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. *Prática no direito de família*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de Mediação Judicial**. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em: 03 de agosto de 2017.

BARBOSA, Aguida Arruda. **Mediação: uma nova ordem social**. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6006/Media%C3%A7%C3%A3o%3A+uma+nova+ordem+social>>. Acesso em 25 de julho de 2016.

BRAGANETO, Adolfo. **Mediação de conflitos em relações familiares**. Valor Econômico, 1º de outubro 2004, Caderno E2.

BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Lei Maria da Penha**, Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Lei de Mediação**. Lei nº. 13.140 de 26 de junho de 2015. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas**. Revista Forense (318). Rio de Janeiro, Forense, Abril/Maio/Junho, 1992, pp. 120-128.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Conciliação e Mediação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>>. Acesso em 29 de julho de 2017.
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 125 de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos->

adm?documento=2579>. Acesso em 28 de julho de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Curso de Mediação de Família**. <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/03/e82c5dcf9bcbeffc1328225ce122dc98c.pdf>>. Acesso em: 02 de agosto de 2017.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares; SILVA, Ana Carolina Alves da; SOUSA, Felipe Barros de. Perspectivas para a conciliação e mediação de conflitos familiares no novo código de processo civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. vol. 945/2014| p. 247 - 257 | Jul/2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; LESSA, João. A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: meios integrados de resolução de disputas. In: NUNES, Dierle, DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de Novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 20016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Positivo, 2010.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O Princípio da Inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Pensando a Pesquisa Jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das Famílias – Amor e Biotética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade Civil na Parentalidade. In: HIRONAKA, Giselda M. F. N.; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Método, 2009.

SOARES, Lara Rafaelle Pinho. **O Pluralismo Familiar: A Valorização Do Direito De Família - Antigos E Novos Paradigmas**. Revista Unifacs. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:k3X3G-Gt42MJ:www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/2442/1789+&cd=1&hl=pt&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 02 de agosto de 2017.

SURLO, Gerlis Prata; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Mediação e cidadania nos núcleos de prática jurídica: a experiência da Universidade Federal de Ouro Preto**. Disponível em:< <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3701.pdf>>. Anais do XIX Encontro Nacional do Compendi realizado em Fortaleza-CE, 9, 10, 11 e 12 ju. 2010. P. 141-155. Acesso em 29 de julho de 2016.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. São Paulo: Método, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Nono CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

Recebido em | 06/08/2017

Aprovado em | 05/12/2017

Revisão Português: Tássia da Silva Coelho
Revisão Inglês: Antônio Roberto Souza Magalhães

SOBRE A AUTORA / ABOUT THE AUTHOR

GLENDIA FELIX OLIVEIRA

Doutoranda e Mestra em Memória, Linguagem e Sociedade pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Bacharela em Direito pela Universidade Vale do Rio Doce (UNIVALE). Secretária Adjunta da OAB/BA subseção de Vitória da Conquista para o triênio 2016/2018. Vice-presidente da Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem da OAB/BA subseção de Vitória da Conquista. Mediadora Judicial cadastrada no CNJ. Professora da Faculdade de Tecnologia e Ciências (FTC), campus Vitória da Conquista e da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), campus Brumado. Advogada. E-mail: glendafelixadv@hotmail.com.