

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

ADRIANA SILVA MAILLART

ÁLVARO DE OLIVEIRA AZEVEDO NETO

DIEGO MONGRELL GONZÁLEZ

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

F723

Formas consensuais de solução de conflitos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Adriana Silva Maillart; Álvaro de Oliveira Azevedo Neto; Diego Mongrell González – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-859-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apresentação

Esta edição é composta de um seleto número de artigos que tratou dos mais diversos nuances das Formas Consensuais de Solução de Conflitos no âmbito interno e internacional, apresentados no XXVIII Congresso Nacional do Conpedi, realizado entre os dias 13 a 15 de novembro de 2019, em Belém do Pará.

Vale lembrar que a seleção se deu a partir do eficiente sistema double blind review (“duplo cego”), apto a assegurar isenção e idoneidade do apanhado de artigos que ora apresentamos.

Laís Sales Biermann e Daniel Mota Gutierrez, no texto “A atuação judicial e mediações nas varas de família: oportunidades para uma melhor gestão dos conflitos familiares”, apontam que, em conflitos familiares, o magistrado deveria enviar as demandas judiciais de sua competência para o mediador, visando a alcançar o almejado tratamento apropriado dos conflitos.

Juliana Raquel Nunes trata da “Mediação e as constelações familiares como instrumentos de humanização do Poder Judiciário”, vislumbrando as constelações familiares como um método psicoterapêutico e complementar propício a estimular a compreensão e possível remoção dos conflitos que surgem no sistema familiar, contribuindo de forma eficaz para resolução das controvérsias.

Virginia Grace Martins de Oliveira também analisa a mediação familiar, trazendo para seu artigo (A mediação e o protagonismo das famílias no direito de família com as contribuições de Paulo Freire) a óptica de Paulo Freire no que diz respeito as concepções sobre autonomia e liberdade como forma de protagonismo das famílias.

Maria da Conceição Cosmo Soares e Cynthia Fernanda Oliveira Soares tem como questão central a discussão sobre a mediação e sua institucionalização no judiciário no texto: “Mediação e sua relação com o processo judicial: a influência do Acesso à Justiça e na pacificação social”.

No mesmo viés, em “A mediação e sua relação com a cultura de paz e a pacificação social”, Fernanda Maria Afonso Carneiro e Eufrosina Saraiva Silva tratam da cultura de paz e da pacificação social na mediação, percebendo este instituto como auxiliar do Poder Judiciário.

Tendo como problemática de investigação se a realização da audiência de conciliação e de mediação poderá ser flexibilizada, posteriormente àquele do artigo 334 CPC? A multa do artigo 334, §8º, deverá ser aplicada?, Fabiana Marion Spengler vislumbra respostas a estes problemas no artigo “A audiência de conciliação e de mediação no Código de Processo Civil de 2015 (CPC) enquanto mecanismo de resolução de conflitos”.

Artenira da Silva e Silva e Allen Kardec Feitosa Oliveira, em “Fazenda Pública em juízo: uma breve análise do processo de assimilação da consensualidade envolvendo a administração pública”, examinam a consensualidade envolvendo a Administração Pública, tendo em vista a possibilidade de adoção pelo Poder Público dos métodos de solução consensuais de conflitos (mediação, conciliação e arbitragem). Abordam a necessidade da adoção de um perfil democrático e dialógico na Administração Pública, apresentando como estudo de caso a experiência federal com a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal.

Rodrigo Corrêa Pires e Andrea Abrahão Costa, em “Direito Administrativo disciplinar: política pública de tratamento de conflitos de forma consensual na UFG”, abordam a temática do Direito Administrativo Disciplinar, inserido numa Administração Pública Dialógica, na qual se desvincula de uma visão autocrática e se propõe a buscar o diálogo com seus administrados, de forma a incentivar a resolução consensual dos conflitos.

Fernanda Serrer busca empreender uma releitura dos conflitos intersubjetivos a partir da Teoria da Complexidade, partindo da constatação de que a racionalidade jurídica moderna tem legado ao Direito o papel de redutor de complexidades, no artigo “Complexidade e racionalidade jurídica: por uma teoria complexa dos conflitos”.

Graziela Regina Munari Lothammer Carlos e Gustavo Silveira Borges analisam a mediação no âmbito dos países do Cone Sul (Argentina, Uruguai e Paraguai) no estudo: “A mediação no Cone Sul: estudo em perspectiva comparatista”.

Iracecilia Melsens Silva da Rocha, em “A mediação, a importância do mediador e sua atual responsabilidade”, trata sobre mediação, papel do mediador, limites de atuação e responsabilidade do ofício exercido. Nessa esteira, conclui sobre a existência de espectros de responsabilização administrativa, civil, criminal e por improbidade para os mediadores que apresentam desvios de conduta.

Em “As limitações do Direito Penal na Resolução dos conflitos surgidos na pós-modernidade”, Jéssica Santiago Munareto e Daniel Silva Achutti analisam a efetividade do Direito Penal em resolver os conflitos surgidos na pós-modernidade, assim como se há possibilidade de utilização de modelos alternativos para a resolução dos conflitos, como a Justiça Restaurativa.

O artigo “Ediação sanitária, um olhar para o Direito à saúde à luz do diritto vivente, de autoria de Ana Luisa Fretta Michelin e Sandra Regina Martini, examina a mediação sanitária como possibilidade de efetivar o direito à saúde, ressignificando os conflitos a partir da teoria de Eligio Resta - Diritto Vivente, o lado quente do Direito, que se opõe ao Direito pressionado pela urgência que desconsidera o que lhe é mais essencial, o vivente.

E, por fim, a aplicabilidade da arbitragem em dissídios individuais e coletivos a cargo da Justiça do Trabalho é examinada por Edilene Lôbo e William Bruno De Castro Silva, no texto “Aplicabilidade da arbitragem nos conflitos trabalhistas: diálogo, negociação e construção do consenso”.

Desejamos que você leitor, como nós, tenha a oportunidade de aprender e refletir a partir das abordagens expostas nos interessantes artigos que integram esta obra, que contribuem, sobremaneira, para fomentar a discussão sobre as Formas Consensuais de Solução de Conflitos no Brasil.

Boa leitura!

Adriana Silva Maillart - UNINOVE/SP

Álvaro de Oliveira Azevedo Neto - FACI WYDEN

Diego Mongrell González – UBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A ATUAÇÃO JUDICIAL E MEDIAÇÕES NAS VARAS DE FAMÍLIA: OPORTUNIDADES PARA UMA MELHOR GESTÃO DOS CONFLITOS FAMILIARES

JUDICIAL ACTION AND MEDIATION IN FAMILY COURTS: OPPORTUNITIES FOR BETTER MANAGEMENT OF FAMILY CONFLICTS

Laís Sales Biermann ¹
Daniel Mota Gutierrez ²

Resumo

A pesquisa investiga qual seria o papel mais adequado da atuação judicial na mediação familiar. Tem como objetivo apontar se, para o tratamento mais apropriado dos conflitos familiares, deveria o magistrado enviar as demandas judiciais de sua competência para o mediador. A metodologia empregada foi descritiva e qualitativa, utilizando-se sugestões de tradução do sistema inglês para o Brasil. Como resultados, constatou-se que o envio aos mediadores dessas demandas parece se justificar, pois se consegue uma melhoria do fluxo das ações, maior preparo e tempo para solucionar os casos e a concretização do papel fundamental desses atribuído por lei.

Palavras-chave: Mediação, Jurisdição contemporânea, Atuação judicial, Direito inglês, Direito de família

Abstract/Resumen/Résumé

The research investigates what be the most appropriate role of judicial action in family mediation. It aims to point out if the magistrate should send the judicial demands of his competence to the mediator. The methodology used was descriptive and qualitative, using suggestions of translation from the English system to Brazil. As a result, it was found that the dispatch to the mediators of these demands seems to be justified, because it is possible to improve the flow of actions, preparation and time to resolve cases and the fulfillment of their fundamental role assigned by law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Mediation, Contemporary jurisdiction, Judicial performance, English law, Family law matters

¹ Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Mestranda em Direito. Trabalha no TJ/CE. Atuante em Direito Cível e Família.

² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Professor da Graduação e Pós-Graduação do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

1 INTRODUÇÃO

A complexidade das relações familiares sempre repercutiu em diversos ramos da sociedade, seja jurídico, político ou religioso, além de se caracterizar por gerar, de forma frequente, novas demandas sociais. A instituição de diferentes modelos de família, a exemplo da monoparental, anaparental, eudemonista e mosaico, bem como de outras espécies de relacionamentos, além do casamento – união estável e união homoafetiva – demonstram evolução social, ao passo que evidenciam a necessidade de regulamentação de tais modelos e institutos.

O relacionamento interpessoal é, por sua natureza, um fenômeno inquietante, repleto de dúvidas, satisfações, angústias e lamentos. A mediação familiar, nesse contexto, contribui para a pacificação social, uma vez que, ao facilitar o diálogo entre as partes, permite a recomposição do vínculo entre os envolvidos. Por intermédio desse procedimento de autocomposição, que não se caracteriza pela imposição da decisão de terceiros, tende-se à concretização de uma melhor gestão dos conflitos, o que ocorre, sobretudo, devido à técnica de encorajamento orientada pelos profissionais habilitados.

O ato de mediar consiste em encontrar o termo médio, o que muitas vezes, representa a terceira opção em uma perspectiva de duas. Não objetiva, primordialmente, a formação do acordo e, por consequência, a extinção do pleito judicial, considerando-se exitosa a experiência com o alcance de uma comunicação clara, produtiva e sem ruídos entre os conflitantes. Pode-se citar como vantagens, em geral, desse meio consensual de litígios: a rapidez, a efetividade da deliberação, a preservação da integridade emocional, a privacidade das negociações e o restabelecimento das relações pessoais. Destaca-se ainda nesse contexto, o recurso à “autorresponsabilidade”, pelo qual os próprios interessados se comprometem a conquistar a resposta mais adequada ou propícia. A prática da mediação requer que os conflitantes se “desarmem” emocionalmente, a fim de utilizarem a técnica da empatia, que corresponde à ideia de um colocar-se no lugar do outro.

Faz-se significativo lembrar que a colaboração exigida dos que são mediados na sessão deve alcançar também o mediador, o qual se encarregará de verificar a conveniência do método ao conflito indicado. Ao mediador é defeso analisar o mérito da questão ou ainda adiantar eventuais conclusões jurídicas ao caso proposto.

Nessa perspectiva, indaga-se: qual o (melhor) papel reservado ao magistrado no que diz respeito à mediação judicial? Mais do que isso, considerando-se a natureza, as características e os aspectos teleológicos do instituto da mediação, e a realidade forense, que sugestões poderiam ser apresentadas para buscar sua maior adequação e eficácia na gestão dos conflitos no campo do direito da família?

O presente artigo busca discutir esse tema e apontar algumas ideias em torno da questão, de modo a contribuir para o aprofundamento do assunto, que revela-se contemporâneo e problemático na realidade do contencioso judicial brasileiro.

2 BREVES NOTAS SOBRE O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS FAMILIARES

A mediação, basicamente, consiste no ato de facilitar o diálogo entre duas ou mais pessoas, permitindo a restauração da comunicação e a construção de um ambiente favorável para eventuais acordos (TARTUCE, 2016). Esse meio consensual de conflitos deve ser conduzido por profissionais imparciais, sem poder decisório e escolhidos ou aceitos pelos envolvidos (BRASIL, 2015, online).

De acordo com a Lei nº 13.140/2015, alguns princípios ou preceitos como a isonomia entre as partes; a informalidade; a autonomia de vontades entre os interessados e o consenso devem ser respeitados quando se resolve utilizar a mediação (BRASIL, 2015, online). No que tange ao seu objeto, a legislação determina que só cabe mediação quando os direitos atinentes forem disponíveis ou, se indisponíveis, passíveis de transação (BRASIL, 2015, online). Há discussão doutrinária sobre o alcance da definição de disponibilidade do direito, embora, tradicionalmente, essa destaque-se pelo seu caráter patrimonial (TARTUCE, 2016).

A mediação, portanto, e em suma, apresenta como objetivo o alcance da adequada interlocução entre os litigantes e, conseqüentemente, o restabelecimento dos vínculos pessoais. Por esses motivos, o sentimento de auto responsabilidade deve permear a mentalidade e a conduta dos participantes, porquanto apenas por eles próprios as propostas resolutivas podem ser criadas (TARTUCE, 2016).

Em relação ao procedimento dessa espécie de autocomposição, segundo o parágrafo único do artigo 17 da Lei de mediação, estará suspensa a prescrição durante o trâmite da

técnica mediadora (BRASIL, 2015, online). Ao fim do método, e alcançado o acordo, lavrar-se-á o termo de mediação, o qual constitui título executivo (BRASIL, 2015, online). Esse meio equivalente de solução de conflitos pode ocorrer tanto extrajudicial quanto judicialmente, podendo ser concretizado por centros judiciários de solução consensual de conflitos (CEJUSCs) criados pelo Judiciário, sendo viáveis na fase pré-processual e processual (BRASIL, 2015, online).

O Código de Processo Civil (CPC) de 2015, logo no seu art. 3º, no capítulo das normas fundamentais do Processo Civil, dispõe que o Estado promoverá e incentivará os meios consensuais das demandas (BRASIL, 2015, online). Percebe-se, além do mais, o fortalecimento da figura do mediador, alçado à condição de auxiliar da justiça, atuando especificamente em situações cujo vínculo anterior entre os participantes já exista (BRASIL, 2015, online).

É de visível relevância, também, a indicação legal de critérios para a capacitação de mediadores, como é o caso da conclusão de curso oficial e de eventual realização de concurso público para a seleção dos profissionais adequados (BRASIL, 2015, online). Sobre a postura exigida de um mediador judicial, Roselaine dos Santos Sarmiento (2006, p.293) explica:

É importante o mediador se colocar numa posição de neutralidade, explorando todos os ângulos das questões abordadas, desarmando as partes e promovendo uma comunicação construtiva entre elas. A condição de neutralidade é importante, porque ao mediador não cabe discutir o mérito da questão e sim facilitar o processo de entendimento para que as pessoas possam, por si mesmas, chegar a um entendimento.

Em se tratando de conflitos familiares, objeto de preocupação do vertente artigo, onde observa-se destacado afloramento das emoções, o uso da mediação constitui-se em destacada estratégia de composição de litígio, considerando que, com frequência, os referenciados conflitos decorrem de questões pessoais mal solucionadas e advindas da dificuldade de comunicação. A mediação, nesse contexto, não se restringe à resolução da demanda ou ao modo de aliviar a sobrecarga do magistrado, sobressaindo-se como mecanismo de evolução humana no momento em que ocorrem renúncias recíprocas em prol de um bem maior – a paz familiar (BRAGANHOLLO, 2005, p. 72-73).

Como se sabe, os conflitos em varas de família abrangem interesses patrimoniais e emocionais, e são traduzidos em partilha de bens, divórcio, guarda de filhos etc. Nessa espécie de mediação, algumas etapas são observadas: a anuência das partes para a prática, o esclarecimento dos objetos em discussão, a proposição de várias alternativas para transacionar, a sistematização e a implementação do acordo. O mediador disporá dos

artifícios relacionados à boa-fé, ao auxílio mútuo, à segurança e à confiabilidade na condução das sessões de mediação (SARMENTO, 2006, p. 290-291).

Nota-se, assim, que a mediação familiar acaba substituindo ou utilizando outras ciências ou áreas do conhecimento, como a Psicologia e a Sociologia, que se devidamente aproveitadas e apresentadas aos conflitantes, poderiam evitar litígios judiciais de maneira mais efetiva (BRAGANHOLLO, 2005, p. 71).

3 O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO DIANTE DA EXIGÊNCIA DE PRODUTIVIDADE NEM SEMPRE ALIADA À MENSURAÇÃO DE PARÂMETROS QUALITATIVOS DOS SERVIÇOS

A função jurisdicional tem como definição clássica, em linhas gerais, o ato de “dizer o direito”. Mesmo constatando a existência tradicional desse conceito, necessário se faz o esclarecimento dessa ideia para acrescentar que a jurisdição costuma ocorrer quando, antes, nos deparamos com uma violação legislativa (MARTINS, 2002, p. 62-126).

Ao considerarmos a existência de um mundo ideal, em que todos os cidadãos obedeçam normas editadas pelo Poder Legislativo, já criadas com o propósito de regular os conflitos da sociedade, passamos a questionar a necessidade da atuação judicial. Entretanto, tal percepção caracteriza-se como mera utopia, pois perante a pluralidade e complexidade da sociedade, tornase natural as incompatibilidades pessoais e a variabilidade de posicionamentos.

Nessa perspectiva, observa-se que o Poder Judiciário funciona como legitimador da atividade legislativa, conferindo autoridade às normas e instruindo a população ao seu conhecimento e observância (MARTINS, 2002, p. 62-126). Delineou-se, assim, a percepção tradicional ocidental acerca de jurisdição, compondo essa, com o Executivo e o Legislativo, os Poderes do Estado. A Constituição Federal brasileira prevê, como um dos seus objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como determina em seu art. 5º a inafastabilidade da jurisdição como direito fundamental (BRASIL, 1988, online). Já o Código de Processo Civil, em seu art. 16, dispõe acerca do exercício da jurisdição, esclarecendo que tal atividade é exclusiva do magistrado.

Não se pode confundir, todavia, o conceito de jurisdição com o de acesso à justiça. Alguns dos principais críticos a debater sobre a amplitude do acesso à justiça foram Mauro

Cappelletti e Bryant Garth. Eles reconheceram como uma das três ondas de renovação do processo civil a abrangência do acesso à justiça, trazendo nesse sentido, opções diversas do raciocínio judicial para findar um embate, como é o caso da mediação. Em obra desses autores – o relatório conhecido por Projeto Florença – define-se o acesso à justiça como um "direito humano-garantia", devido à sua imprescindibilidade para o alcance de uma sociedade cidadã (ALMEIDA, 2012, p. 88).

Entende-se essa releitura proposta no parágrafo anterior como verdadeira atualização do Direito ante a realidade social moderna (MANCUSO, 2009). Nem sempre a judicialização da contenda será o melhor caminho a ser perseguido, podendo até mesmo dificultar a efetividade da decisão. Nessa perspectiva, transforma-se simultaneamente a noção de jurisdição, de um viés reservado e autoritário para um mais dinâmico e social (MANCUSO, 2009).

A concepção de jurisdição contemporânea atenua a imagem comum de um processo necessariamente litigioso, o que fortalece a compreensão daquilo que Mauro Cappelletti denomina de Justiça coexistencial (MANCUSO, 2009). Ao refletir sobre a importância dos meios equivalentes jurisdicionais de resolução de conflitos, José Renato Nalini (2016, p. 95) afirma que: “A relevância é muito mais profunda: se a população continuar a necessitar da Justiça para a resolução de todo e qualquer desentendimento, ela continuará infantilizada e incapaz de assumir responsabilidades”.

Um fator presente na gestão da jurisdição contemporânea é a busca pela produtividade. Em essência, aliás, é legítima e elogiável a busca pela melhoria contínua da gestão, inclusive, com a intenção de alcançar uma melhor performance, atrelada aos escopos da jurisdição. A questão está em se verificar se o modelo de gestão é o mais adequado, se o planejamento estratégico foi realizado devidamente, se os indicadores mensuram melhoria em quantidade ou volume, mas, também no que concerne à qualidade dos serviços, como no caso de obtenção de acordos.

Como se sabe, ainda em 2010, implementou-se a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, na qual foram estabelecidas as bases da Política Judiciária Nacional, fixando-se, entre outros assuntos, as premissas para o alcance eficaz da pacificação social, os órgãos responsáveis por prestar tal serviço e a capacitação dos profissionais dele incumbidos (BRASIL, 2010, online).

Embora a aludida diretriz tenha estimulado uma visão moderna da jurisdição e dos meios adequados de tratamento de conflitos, ainda há muito o que se realizar na busca de uma melhor resolução ou gestão dos conflitos no Brasil. Diversos fatores contribuem para esse quadro de insatisfação, como, por exemplo, a baixa remuneração dos mediadores, a carência de servidores públicos e a mentalidade litigiosa de considerável parte da população brasileira e de seus operadores do direito.

4 A ATUAÇÃO DO JUIZ NA MEDIAÇÃO JUDICIAL: LIMITES E OPORTUNIDADES PARA UM MELHOR FUNCIONAMENTO DO SISTEMA JUDICIÁRIO

No rol do art. 139 do CPC, onde estão expressamente previstos os poderes e deveres do juiz, está elencada a obrigação judicial de fomentar a aplicação dos meios consensuais de conflitos, preferencialmente com a ajuda de mediadores e conciliadores judiciais (BRASIL, 2015, online).

Nesse contexto, faz-se mister encontrar o ponto ideal ou ótimo que compatibilize as funções do magistrado com o fomento e a adequada aplicação dos meios adequados de solução de conflitos, no caso, especialmente no que alude à mediação.

Convém examinar algumas disposições da sistemática legislativa vigente relacionadas à mediação, em cotejo com a participação do juiz.

O parágrafo 11º do art. 334 do CPC indica que, após ser reduzida a termo, a mediação será homologada por sentença (BRASIL, 2015, online). Já consoante o parágrafo único do art. 28 da Lei nº 13.140/15, havendo acordo, ocorrerá o arquivamento do feito e, desde que as partes concordem, a homologação do termo final da mediação (BRASIL, 2015, online).

Quanto às ações de família, o art. 694 do CPC aduz a obrigação de que “todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação” (BRASIL, 2015, online). Ainda no mesmo capítulo do CPC, nota-se tratamento especial dedicado às mediações familiares, quando no art. 696 menciona que as audiências de mediação e conciliação poderão “(...) dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias

para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito” (BRASIL, 2015, online).

Com base no exposto acima, percebe-se que o legislador relaciona, em linhas gerais, a participação do juiz com o ato de eventual homologação em juízo e também destaca a necessidade do magistrado contar com o auxílio de profissionais de outras áreas do conhecimento para a realização da mediação.

No que alude ao direito de família, a sistemática processual vigente denota particular preocupação e atenção com vistas à tentativa de obtenção da solução consensual, ao prever explicitamente a possibilidade de desdobramento da audiência de mediação em quantas sessões sejam necessárias. Não é para menos. Segundo Roselaine dos Santos Sarmento (2006, p. 304):

As crises de Direito de Família são as mais frequentes nas lides forenses e, pela natureza do litígio, são as que mais têm possibilidade de retornar ao Judiciário. A natureza dos conflitos de família são essencialmente afetivos, psicológicos e relacionais. Assim, questiona-se sobre o efetivo papel do juiz estatal e as limitações do poder Judiciário em compor esses litígios.

Embora não se conheçam dados objetivos precisos e sistematizados, nota-se, com razoável frequência, que os magistrados se opõem ao envio do processo ao mediador judicial, mesmo quando disponível profissional ou órgão habilitado para tanto. Pode-se discutir as razões pelas quais isso ocorre, eventualmente por haver certo descrédito quanto à formação e capacitação atual de parcela dos mediadores, se o juiz considera que o mais adequado é que ele mesmo realize a mediação, por razões práticas ou técnicas, enfim, por diversos fatores.

Ao narrar um dos casos familiares por ela conduzido, Andréa Pachá (2012, p. 182), juíza de Família no Rio de Janeiro e ex-presidente da Comissão de Acesso à Justiça do CNJ, confessou que quando se deparou com uma tentativa de reconciliação em ação de divórcio:

É claro que aquele comportamento não integrava meus deveres funcionais. No entanto, a magistratura era uma das muitas emoções que eu exercia na vida, e é claro que todas as minhas virtudes e meus vícios transpareciam de alguma forma no exercício da profissão. Naquela ocasião, atuei parcialmente em favor de Idalina para compensar as diferenças daquela relação que intuí tão desigual e prosseguir.

De todo modo, entende-se que o cerne da questão está em discutir se, para o melhor ou mais adequado tratamento dos conflitos relativos à mediação familiar, deve ou não o juiz enviar os casos para o mediador judicial.

Atualmente, não há obrigatoriedade, decorrente diretamente da lei, de remessa das demandas judiciais pelo juiz ao mediador judicial. Porém, o envio ao mediador judicial, dos conflitos familiares, em regra, parece se justificar.

Primeiro, porque a mediação exige uma atuação mais sutil, especializada e, em geral, com maior investimento de tempo pelo terceiro (mediador), o que, especialmente pelo fator “tempo”, não se coaduna com a atual disponibilidade da maior parte dos magistrados em face da imensa carga de trabalho a que estão submetidos. Sem contar que essa medida propiciaria que os juízes pudessem se dedicar aos conflitos mais complexos, àqueles sem possibilidade de autocomposição ou nos quais essa foi rejeitada.

Segundo, os mediadores, não obstante as oportunidades de melhoria dos cursos de formação, receberam treinamento especializado para o exercício dessa função.

Terceiro, o CPC estabelece explicitamente, no art. 165, parágrafo terceiro, que os mediadores irão “auxiliar os 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, online), em um claro incentivo à participação direta dos mediadores na gestão dos conflitos.

Por outro lado, é possível também estudar a experiência inglesa com a mediação para a resolução de conflitos, especialmente familiares. Isso talvez auxilie na busca por uma maior efetividade das atividades do mediador e dos órgãos de mediação no Brasil.

Antes de adentrar nessa proposta de reflexão, cabe um breve comentário. Não se defende simples e direto “transplante jurídico” dos institutos ou aspectos que se apresentarão. A ideia é trazer elementos para construção, eventualmente, de algo para nosso sistema e nossa realidade. O pensamento que mais ganha força, quando hoje se trata de direito comparado e como é possível vislumbrar tais relações hoje, é tratado mais como uma “tradução”, conforme Foljanty defende (2015, p. 6-7), pois para essa

(...) A lei não é apenas moldada por normas, instituições e ideias, mas também por estruturas de pensamento jurídico enraizadas na tradição. Também é moldada pelas possibilidades e limites que a linguagem do direito oferece, bem como os hábitos profissionais dos juristas e as experiências históricas inscritas na lei, dando sentido a ela em relação ao seu contexto político e cultural. Todos esses fatores configuram o

quadro em que a lei é praticada e é esse quadro que começa a mudar no momento em que entra em contato com a lei estrangeira. (Tradução livre)¹

Ao analisar, portanto, aspectos da cultura britânica nos quais o Judiciário brasileiro poderia se inspirar, precisa-se ter em mente que a escolha pela legislação inglesa não tem o propósito de buscar um "mimetismo" normativo, mas sim de adotar experiências frutíferas de outra cultura que, se "traduzida" para o nosso contexto, poderia facilitar o enfrentamento de problemas similares pelos quais nosso país atravessa.

Os relatórios do *Civil Justice Council* (2017, p. 37), responsável pelo assessoramento do *Lord Chancellor* do Reino Unido em questões de Direito Civil e Processo Civil, apontaram que:

6.1. A mediação familiar é mais regulada que a mediação em disputas civis. E o uso da mediação familiar tem sido mais fortemente encorajado pelos tribunais de família, pelo sistema de assistência jurídica e pelos legisladores do que pela mediação civil no sistema de justiça civil. Nós não achamos que é uma questão de coincidência que a regulamentação e o forte encorajamento dos tribunais andem juntos. 6.2. A crença no conselho de mediação familiar parece bem estabelecida e mais sofisticada em comparação, por exemplo, do que com o registro de provedores de mediação e mediadores do *Civil Mediation Council*. Somente mediadores credenciados sob a égide do *Family Mediation Council* (FMC) podem conduzir um MIAM. O apoio judiciário está disponível apenas para apoiar mediações conduzidas por mediadores credenciados. 6.3. Em 2014, o FMC montou um cadastro de mediadores familiares que podem ser pesquisados pelo público. Um novo quadro regulamentar foi introduzido progressivamente ao longo de 2015 e um conjunto de normas de mediação familiar emitidas em 2016 sob a égide do Código de Prática para mediadores familiares. Este Código é muito mais extenso do que, por exemplo, o Código Europeu de Práticas para Mediadores. (Tradução livre)²

Os mediadores de assuntos familiares naquela nação adotaram, inclusive, conferências virtuais antes de uma legislação sobre o assunto, aspecto para o qual os órgãos responsáveis simplesmente regulam orientações gerais para adaptação de tais práticas e que permitam aos mediadores poderem exercer com maior eficiência suas demandas (CIVIL JUSTICE COUNCIL, 2017, p. 37).

¹ Texto original: "(...) Law is not only shaped by norms, institutions, and ideas but also by structures of legal thinking that are rooted in tradition. It is also shaped by the possibilities, and limits that the language of law offers, as well as the professional habits of jurists and by the historical experiences inscribed into law, giving meaning to it regarding its political and cultural context. All these factors set up the framework in which law is practiced, and it is this framework that starts shifting the moment that it comes into contact with foreign law".

² Texto original: "6.1. Family mediation is more closely regulated than mediation in civil disputes. And the use of family mediation has been more strongly encouraged by the family courts, the legal aid system and the rule makers

Na Inglaterra, a mediação familiar como técnica de composição de conflitos surgiu há mais de 30 anos, o que demonstra a sua maturidade intelectual e social sobre o tema (FAMILY MEDIATION COUNCIL e FAMILY JUSTICE COUNCIL, 2014, online). Contudo, os cidadãos ingleses possuem em sua cultura a preferência por uma decisão autoconstruída ao invés da eventual celeridade do julgamento de um terceiro, realidade de um país cuja cultura dos acordos foi pautada, antes de mais nada, em liberdades.

Afinal, conforme Andrews (2012, p. 343) destaca, os acordos surgem (na Inglaterra) de duas espécies de liberdades: (a) em estabelecerem suas estratégias processuais e os pedidos em face da parte adversa, sendo viável, inclusive, poderem dispor dos seus direitos e (b) contratual.

Associada à característica cultural, na década de 1990, as *Civil Procedure Rules* foram promulgadas em solo inglês, após um trabalho estatal de quatro anos que chegou à conclusão de que o Judiciário não deveria incentivar os conflitos mas, na verdade, promover cooperação entre os litigantes (MAGALHÃES, 2017, p. 22-24), acarretando em uma diminuição de 21% das ações iniciadas perante o Judiciário daquele país (ANDREWS, 2012, p. 348) na primeira década do século XXI.

Cabe relatar que, no que se refere aos conflitos familiares, o próprio Poder Público estimula, em caso de divórcio, que os cônjuges conversem e firmem uma transação não judicial,

than civil mediation in the civil justice system. We do not think it is a matter of coincidence that regulation and strong court encouragement go together. 6.2. Accreditation by the family mediation council appears well established and more sophisticated by comparison with for example the registration for mediation providers and mediators by the Civil Mediation Council. Only mediators accredited under the aegis of the Family Mediation Council (FMC) can conduct a MIAM. Legal aid is only available to support mediations conducted by accredited mediators. 6.3. In 2014 the FMC setup a register of family mediators that can be searched by the public. A new regulatory framework was introduced progressively over 2015 and a set of standards in family mediation issued in 2016 under the Code of Practice for family mediators. This Code is far more extensive than, for example, the European Code of Practice for Mediators."

providência que não apenas assegura aos filhos certa tranquilidade nesse processo, mas também a construção de uma mentalidade pacificadora (BERALDO, 2015, p. 83-133).

Além dessa peculiaridade, observa-se, na fase pré-processual, a presença de reunião necessária (MIAM) com o mediador, em processos familiares relevantes. Durante o encontro,

este profissional habilitado informará aos interessados a respeito do processo e de outras formas de composição de litígios, esclarecerá a contenda, sugerindo opções de conclusões, detectará outras fontes de apoio, dentre diversas providências (FAMILY MEDIATION COUNCIL e FAMILY JUSTICE COUNCIL, 2014, online).

Embora seja fundamental esta reunião, existem situações em que ela é dispensável: violência doméstica infantil, falência, indisponibilidade de um mediador autorizado e utilização prévia do MIAM (CIVIL JUSTICE COUNCIL, 2017, p. 38). Percebe-se, assim, que este procedimento inicial se coloca como uma espécie de filtro das demandas em que a mediação se mostra aconselhável.

Outro procedimento inglês de meio alternativo de solução de conflitos no âmbito familiar se trata do compromisso de resolução de disputa financeira (*financial dispute resolution appointment*), conhecido como FDR, elaborado com o intuito de identificar e resolver os problemas de forma mais célere, menos onerosa e com menor desgaste emocional aos envolvidos, isso tudo com o auxílio de um magistrado. A sua edição ocorreu em 1996, sendo incorporado ao ordenamento jurídico apenas no ano 2000. Esse método é compulsório e pode advir, de forma presumida, caso os interessados já tenham experimentado um FDR privado ou uma mediação extrajudicial e ambos não tenham logrado êxito. Nessa modalidade, é essencial que as partes compareçam já com alguma proposta de acordo a sugerir e que, no decorrer dessa técnica, se dediquem na construção de uma deliberação comum e equânime, para findar o litígio de forma mais genuína (CIVIL JUSTICE COUNCIL, 2017, p. 39).

Conforme o guia de boas práticas do FDR, o juiz atuante nessa negociação não intervirá no conteúdo do acordo e nem exigirá a instituição desse, restando para essas autoridades a fiscalização da legalidade do pacto, bem como o seu direcionamento, demonstrando-se a importância da liberdade para os ingleses, da qual Andrews se refere. Destaca-se, por fim, que a implementação dessa prática em conflitos familiares ingleses alcançou altos índices favoráveis de eficácia, que ocasionou o acolhimento dessa opção pela sociedade e pelo Poder Público britânico (CIVIL JUSTICE COUNCIL, 2017, p. 39).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo visou discutir qual seria o (melhor) papel reservado ao magistrado no que diz respeito à mediação judicial de conflitos familiares, de acordo com o sistema

jurídico brasileiro vigente, especialmente o Código de Processo Civil de 2015. Mais especificamente, buscou-se, ao analisar a natureza, características e aspectos finalísticos do instituto da mediação, em cotejo com a realidade forense brasileira, delimitar o alcance e modo de atuação do juiz para uma maior adequação e eficácia na gestão dos conflitos no campo do direito da família.

E, nesse terreno, entendeu-se que o cerne da questão está em discutir se, para o melhor ou mais adequado tratamento dos conflitos relativos à mediação familiar, deve ou não o juiz enviar as demandas judiciais de sua competência para o mediador judicial (ou órgão especializado, conforme o caso).

A questão se revela palpitante porque, atualmente, não há obrigatoriedade, decorrente diretamente da lei, de remessa das demandas judiciais pelo juiz ao mediador judicial. O inciso V do art. 139 utiliza a expressão “preferencialmente” para indicar a participação dos conciliadores e mediadores.

Concluiu-se que o envio ao mediador judicial dos conflitos familiares, em regra, parece se justificar.

Primeiro, porque a mediação exige uma atuação mais sutil, especializada e, em geral, com maior investimento de tempo pelo terceiro (mediador), o que, especialmente pelo fator “tempo”, não se coaduna com a atual disponibilidade da maior parte dos magistrados em face da imensa carga de trabalho a que estão submetidos. Sem contar que essa medida propiciaria que os juízes pudessem se dedicar aos conflitos mais complexos ou aqueles sem possibilidade de autocomposição ou em que essa foi rejeitada.

Segundo, os mediadores, não obstante as oportunidades de melhoria dos cursos de formação, receberam treinamento especializado para o exercício deste cargo e podem se debruçar por mais tempo em demandas que exigem aprofundamento para serem solucionadas.

Terceiro, o CPC estabelece explicitamente que os mediadores possuem papel fundamental na gestão dos conflitos, conforme o art. 165, parágrafo terceiro.

Existindo, portanto, motivações de ordem estrutural (melhoria do fluxo de demandas judiciais), qualitativa (mediadores preparados e com mais tempo para resolver tais demandas) e legal (papel fundamental dos mediadores, conforme o CPC) que fundamentam esse posicionamento.

Por fim, fez-se referência ao sistema inglês, e sua experiência com a mediação, notadamente no terreno dos conflitos familiares, a fim de suscitar a discussão sobre institutos e práticas de sucesso que, adaptados e traduzidos à nossa realidade, poderiam auxiliar na busca por uma maior efetividade das atividades do mediador e dos órgãos de mediação no Brasil.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virgínia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v.8, n 2, p. 661-687, 2018.

ALMEIDA, Guilherme de. Acesso à justiça, direitos humanos e novas esferas da justiça. **Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar**. São Carlos, v. 2, n. 1, p. 83-102, 2012.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Guarda dos filhos e mediação familiar**: A experiência inglesa contribuindo para uma mudança sistêmica no Brasil. 2015. 226 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

BRAGANHOLLO, Beatriz Helena. Novo desafio do Direito de Família contemporâneo: a mediação familiar. **Revista CEJ**, v. 9, n. 29, p. 70-79, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 maio 2019

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 07 jun 2019.

BRASIL. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2010]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 12 jun 2019.

FOLJANTY, Lena. Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heft 2 /

2015, S. 89-107 (Der Beitragsthier auf Deutsch erschienen: Rechtstransferalskulturelle Übersetzung. Zur Tragweite einer Metapher); **Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series**, n. 2015-09. Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2682465>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

MAGALHÃES, Victor Alves. '**Advisory, conciliation and arbitration service**': uma análise a partir do direito inglês e da utilidade à justiça do trabalho no Brasil. 2017. 54 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)-Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017.
Disponível em: <<http://www.repositoriobib.ufc.br/000043/000043b7.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes jurisdicionais do juiz no processo civil**. 2002. 306 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/83834/182967.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, 2016.

PACHÁ, Andréa Maciel. **A vida não é justa**: Encontros e desencontros, tragédias e comédias das histórias da Vara da Família recontadas com emoção e humor pela juíza Andréa Pachá. Rio de Janeiro: Agir, 2012.

SARMENTO, Roselaine dos Santos. Mediação Familiar: um meio altamente eficaz de acesso à Justiça. In: BASTOS, Eliane Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da. **Família e Jurisdição II**. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2006. p. 285-295. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=ZTTERY5TSx0C&pg=PA293&lpg=PA293&dq=%C3%89+importante+o+mediador+se+colocar+numa+posi%C3%A7%C3%A3o+de+neutralidade,+explorando+todos+os+%C3%A2ngulos+das+quest%C3%B5es+abordadas,+desarmando+as+partes+e+promovendo&source=bl&ots=jkbaABkwUJ&sig=ACfU3U0G0ZtHpL2ytKVPgqn1nEuMnb5-9g&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiydz35PfiAhVFGLkGHedpDucQ6AEwAHoECAkQAQ#v=onepage&q=%C3%89%20importante%20o%20mediador%20se%20colocar%20numa%20posi%C3%A7%C3%A3o%20de%20neutralidade%2C%20explorando%20todos%20os%20%C3%A2ngulos%20das%20quest%C3%B5es%20abordadas%2C%20desarmando%20as%20partes%20e%20promovendo&f=false>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REINO UNIDO. Civil Justice Council. **ADR and Civil Justice**. 2017. Disponível em: <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2017/10/interim-report-future-role-of-adr-in-civil-justice20171017.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

REINO UNIDO. Family Mediation Council e Family Justice Council. **Family Mediation in England and Wales: A guide for judges, magistrates and legal advisors**. 2014. Disponível em: <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2014/06/mediation-guide-for-judgesmay2014.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2016.