XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

ACESSO À JUSTIÇA I

LUCIANA COSTA POLI

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

JOANA STELZER

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174

Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Joana Stelzer; Luciana Costa Poli; Sérgio Henriques Zandona Freitas.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-527-0

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

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

ACESSO À JUSTIÇA I

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado “Acesso à Justiça I” do XXVI Congresso Nacional do CONPEDI São Luís/MA promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade Federal do Maranhão – UFMA, por meio do seu Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça com o tema “DIREITO, DEMOCRACIA E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA” realizado entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017 no campus da Universidade CEUMA em São Luís.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temas diversos atinentes ao “Acesso à Justiça” apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões relativas às formas alternativas de solução de conflitos como mediação e conciliação, direito fundamental do acesso à justiça, o papel da defensoria pública, justiça global, processo e procedimento, principiologia constitucional processual, avanços tecnológicos e sua aplicação jurisdicional, dentre outros.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual da jurisprudência com a prática jurídica dos estudiosos do Direito. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema jurídico brasileiro.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade academica a submissao de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, em especial, pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos pela Constituição da República.

São Luís, novembro de 2017.

Profa. Dra. Joana Stelzer - UFSC

Profa. Dra. Luciana Costa Poli - PUCMINAS

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas - FUMEC/IMDP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A EFICÁCIA DA DECISÃO CONSTRUÍDA POR MEIO DA MEDIAÇÃO

THE EFFECTIVENESS OF THE DECISION BUILT BY MEANS OF MEDIATION

Rosemary Cipriano Da Silva [1]

Resumo

O presente trabalho procura pesquisar o efeito da mediação como método de resolução de conflitos, analisando seu potencial na busca de uma solução para a morosidade do Poder Judiciário e seus efeitos sociais pela eficácia dos acordos construídos por meio desse método autocompositivo. Vislumbra-se a importância do tema pela necessidade de se proporcionar acesso à justiça de maneira ampla e eficaz, em que o Judiciário deve priorizar a efetiva pacificação social, que muitas vezes se faz distante da solução imposta pela tutela jurisdicional. Estabelece-se as diferenças entre os métodos autocompositvos e heterocompositivos bem como suas eficácias nos conflitos de família.

Palavras-chave: Heterocomposição, Autocomposição, Relação continuada, Coisa julgada, Mediação

Abstract/Resumen/Résumé

The present work seeks to investigate the effect of mediation as method of conflict resolution, analyzing its potential in the search for solution to the slowness of the Judiciary and its social effects by effectiveness of the agreements built through the self-composite method. The importance of the subject is seen as need to provide access to justice in a wide and effective manner, in which the judiciary must prioritize effective social pacification, which often becomes distant from the solution imposed by judicial protection. It establishes the differences between autocomposite and heterocompositive methods as well as their efficacies in family conflicts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Heterocomposition, Self-composition, Continued relationship, Claim preclusion, Mediation

[1] Mestre em Direito Público. Professora da graduação do Curso de Direito da Faculdade FAMINAS-BH. Mediadora certificada pelo Tribunal de justiça de Minas Gerais. Advogada

1 INTRODUÇÃO

Diante da complexidade das relações estabelecidas na pós-modernidade, mormente nas relações de família, questiona-se a eficiência dos antigos métodos colocados à disposição dos cidadãos par dirimir seus conflitos. A partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, novas formas de solução de conflito despontam como promissoras nesse cenário.

Uma questão que se coloca é saber se nas relações líquidas estabelecidas na pós-modernidade no âmbito das famílias, os antigos métodos de resolução de conflitos, como a sentença judicial, seriam suficientes para dirimir os conflitos oriundos dessas relações.

Diante do questionamento da eficiência da sentença judicial como método tradicional de resolução dos conflitos nas relações familiares, busca-se estudar os métodos autocompositivos destacados pelo novo Código de Processo Civil, mormente a mediação, no intuito de responder a questão acerca da eficácia da decisão construída por meio da mediação.

O presente trabalho tem o objetivo de estudar a eficiência quanto ao cumprimento dos acordos construídos na mediação, além de contrapor e comparar com as decisões impostas pelo método heterocompositivo de solução de conflitos. Busca-se analisar os métodos heterocompositivos e autocompositivos de resolução de conflitos e explorar a eficiência do cumprimento das decisões nos dois métodos estudados. Avalia-se o avanço social alcançado na implantação e "obrigatoriedade" da mediação no que concerne às ações de família pelo novo Código de Processo Civil, bem como seu efeito prático na decisão traçada.

Por outro lado, busca-se analisar como o Estado exerce e organiza seu poder de jurisdição sobre os conflitos sociais que se apresentam. Por meio da comparação entre os métodos heterocompositivos e autocompositivos, analisa-se cada um em sua efetividade e aplicabilidade, possibilitando, assim, apontar qual método é mais a indicado para determinada situação.

O foco principal do presente estudo é a composição por meio da mediação e sua efetividade, assim como seus efeitos para a sociedade e para a organização do Poder Judiciário,

Verifica-se que a mediação se apresenta como um importante meio de desenvolvimento social, pois possibilita o protagonismo das partes na resolução dos próprios conflitos, o que proporciona satisfação pelo sentimento de reconhecimento de suas dores e necessidades, além de um maior senso de responsabilidade no cumprimento do acordo.

O estudo se propõe a analisar a eficiência dos acordos alcançados por meio da mediação, comparando a efetividade dos acordos realizados através dos métodos autocompositivos com aquela alcançada na decisão judicial.

Para se entender a razão do incentivo legal dirigido à resolução dos conflitos familiares por meio da mediação, ocupou-se de pesquisar o vínculo existente nas relação continuadas e os métodos autocompositivos, sendo que é a presença dessa relação que faz a diferença na escolha entre a conciliação e a mediação, que se distinguem pelas técnicas aplicadas ao caso concreto. Buscou-se, ainda, analisar os métodos de resolução de conflito disciplinados pelo ordenamento jurídico brasileiro – denominado sistema multiportas no novo Código de Processo Civil – e a ênfase do novo diploma processual aos métodos autocompositivos, dedicando-se especial atenção à mediação enquanto método indicado para resolução dos conflitos nas relações familiares na tentativa de se promover a cidadania.

A importância do presente estudo está calcada no recente regulamento pelo Código de Processo Civil quanto aos métodos autocompositivos, mormente a mediação, ainda incipiente na prática forense brasileira. A pesquisa se mostra pertinente ante a relevância do papel chave na busca de um judiciário mais célere e um acesso à justiça mais amplo que o dispositivo legal confia aos métodos autocompositivos.

Para se analisar o tema objeto de estudo, o método de pesquisa utilizados foi o qualitativo, buscando produzir um estudo com um processo de raciocínio lógico dedutivo, fazendo uma abordagem de ideias gerais, com a finalidade de atingir um resultado específico sobre o tema proposto, por meio de levantamento doutrinário e jurisprudencial.

2 MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

2.1 2.1. Métodos heterocompositivos

Entende-se por método heterocompositivo de resolução de conflitos, aquele que necessita da presença de um agente exterior à relação conflituosa para intervir e ditar a solução. As partes envolvidas no conflito o submetem à apreciação de um terceiro ao invés de particularmente e isoladamente pactuarem o desenlace de suas controvérsias.

No sistema multiportas do novo Código de Processo Civil, identifica-se dois métodos heterocompositivos de resolução de conflitos: a arbitragem e a sentença judicial.

A arbitragem, método heterocompositivo regulado pela Lei 9.307/96, possui as características essenciais à heterocomposição: a intervenção de um terceiro com o poder de decidir a lide.

Este modelo heterocompositivo, diferentemente da jurisdição estatal, é escolhido pela vontade das partes, por meio do compromisso arbitral. Sem imposição, as partes, valendo-se da autonomia da vontade, decidem que uma eventual controvérsia será solucionada por meio da arbitragem.

Aqueles que optam por fazer uso da arbitragem, o fazem em busca de celeridade na solução do litígio, como também, buscando uma decisão mais correta e equitativa em razão da possibilidade da escolha de árbitro munido de conhecimento técnico em determinada área do conhecimento. A eficácia da decisão se dá por meio da prolação de uma sentença arbitral cujo poder é o mesmo conferido à sentença judicial, e só poderá ser discutida judicialmente se houver algum vício formal ou um eventual aspecto de nulidade, conforme previsto nos artigos 31 e 32 da referida lei.

É importante ressaltar que a Lei 9.307/96 aponta em seu art. 1º, dois pré-requisitos para que as partes de uma relação jurídica possam subjugar eventual conflito à arbitragem: capacidade de contratar e que o litígio seja relativo a direitos patrimoniais disponíveis.

Quanto à sentença judicial, importante destacar que o Poder Judiciário é, no Brasil, a organização com a atribuição de exercer a atividade jurisdicional do Estado e assegurar a ordem, derivando dessa atribuição a sua autoridade para apreciar conflitos e executar os seus julgados. Tal atribuição deriva de uma cultura e tradição de conceder ao Estado o poder e a obrigação de solucionar quaisquer conflitos, quase sempre, sem anteriormente haver tentativa de acordo amigável ou a busca de uma intervenção extrajudicial pelas partes (ROCHA, 2012).

A sentença judicial é portanto, o método heterocompositivo que se apresenta como o meio mais amplo de solução de controvérsias em razão da possibilidade de se litigar acerca de quaisquer conflitos, entre pessoas capazes ou não, entre particulares ou entre esses e o poder público ou entre dois ou mais entes do poder públicos, enfim, todas as questões, concernentes a quaisquer pessoas, serão trazidos e resolvidos pelo Judiciário.

Surgindo um conflito, ante a proibição de autotutela, na qual as partes protegeriam seus direitos pessoalmente através do uso da força, o Estado, por meio da jurisdição, substitui as partes aplicando a norma jurídica no caso concreto com poder imperativo de impor seu comando. Entende-se, portanto, que

> (...) a solução judicial da controvérsia constitui modalidade de heterocomposição potencialmente apta a propiciar a resposta ao conflito de interesses que não pode ser

> debelado pelos próprios envolvidos na relação litigiosa e que precisa de um elemento coercitivo para sua realização (TARTUCE, 2015, p. 61/62).

Não obstante a nova sistemática do CPC de 2015 que pressupõe um contraditório dinâmico em que as partes devem, não somente participar, mas, efetivamente, influenciar nas decisões judiciais finais por meio dos argumentos e provas carreadas aos autos do processo (THEODORO JUNIOR, NUNES, FRANCO BAHIA e PEDRON, 2016), ainda assim, é indubitável que a decisão final é prolatada por um terceiro imparcial, totalmente estranho à demanda. A decisão que vincula as partes, em regra, irá satisfazer à apenas uma delas. Ou, até mesmo, a nenhuma delas – no caso das decisões que julga o mérito parcialmente procedente.

2.2 Efetividade das decisões resultantes dos métodos heterocompositivos

O Direito, exprimido em normas jurídicas, representa o anseio e a inspiração de justiça da sociedade, vindo a ser o artifício pelo qual o Estado busca exercer sua jurisdição e satisfazer as pretensões da sociedade. Todavia, é demasiado difícil para o Poder Judiciário alcançar a paz social, uma vez que se vê restrito em sua apreciação aos autos do processo, podendo apenas solucionar o conflito que lhe é apresentado, não podendo julgar para além do pretendido pela parte.

> [...] descabe ao magistrado, na técnica processual, conhecer de qualquer fato, argumento, justificativa ou razão que não constituam objeto do pedido, competindo-lhe apenas decidir a lide nos limites em que foi proposta. Contudo, para a solução integral e efetiva do conflito, faz-se necessária uma análise do interesse real das partes, sendo indispensável decompor todos os aspectos intrínsecos do conflito, solucionando a denominada lide sociológica, que engloba a lide processual e que contém a origem do conflito e suas ramificações sociais. (PELUSO, 2011, p.32).

De forma mecânica, muitas vezes, o método heterocompositivo da jurisdição é levado a solucionar o conflito de forma rasa e aparente, resolvendo apenas as controvérsias trazidas em juízo, sem procurar saber os reais motivos que levaram à lide, a meta-história que ocasionou o conflito.

É indiscutível, portanto, o descontentamento de uma ou de todas as partes envolvidas na demanda, que, não obstante, serão obrigadas a cumprir a decisão sob pena de outras medidas coercitivas para efetivar o cumprimento. Não se olvide, porém, que, ante o descontentamento da parte perdedora, não raro, a decisão não será cumprida, ainda que se lance mão das medidas coercitivas disponíveis.

Sem nenhuma intenção de se aprofundar na análise dos provimentos judiciais, o que se quer aqui destacar é a quase impossibilidade de satisfazer o interesse das partes a partir da prolação de uma sentença judicial. Trata-se do jogo do ganha e perde. Para um ganhar, o outro deve perder, ou, ganha-se e perde-se reciprocamente, não satisfazendo aos anseios de nenhuma das partes.

Diante do descontentamento dos litigantes, mormente, do perdedor, grande parte das vezes a decisão judicial, e até mesmo a arbitral, não é efetiva, ainda que seja obrigatória, ensejando, muitas vezes, o emprego da coerção do Poder Judiciário, exemplificativamente, por meio de prisão (no caso do devedor de alimentos) ou penhora – ato judicial de constrição no patrimônio do devedor.

É forçoso concluir, portanto, que as mazelas dos métodos heterocompositivos são, de um lado, a carência de efetividade das decisões proferidas em alguns casos, e, de outro, a inaptidão da sentença para resolver os conflitos, mormente nas relações familiares. Isso porque a norma jurídica (objetiva) será aplicada como resposta à questão aparente trazida para solução, sem considerar, contudo, o conflito (decorrente de questões subjetivas) que gerou a questão posta sob exame judicial, que, muitas vezes, teve início a partir da falha na comunicação no seio da família, ou, ainda, no rompimento do afeto ou na quebra do elo de confiança. É certo, entretanto, que nas relações familiares levadas ao judiciário, o que sobra, em regra, dos fragmentos do amor, são mágoas e muitas questões pessoais não resolvidas às quais o judiciário não está apto a solucionar.

A Resolução nº 125 do CNJ justifica que a jurisdição do Poder Judiciário deveria ser considerada como método alternativo de resolução de conflitos, e que os métodos reputados como alternativos se tornem a via ordinária.

Quanto à arbitragem, modelo heterocompositivo de origem contratual, apesar de ter o árbitro escolhido pelas partes, como explicado anteriormente, ainda assim impõe às partes suas decisões, culminando, portanto, no jogo do ganha-perde em que para uma parte ganhar a outra deve perder.

2.3 Métodos autocompositivos

Ao contrário dos métodos heterocompositivos, os conflitos podem ser tratados na perspectiva de transformação, muitas vezes por meio de uma composição em que as partes

podem, com ou sem ajuda de um terceiro imparcial, criar a solução para as suas controvérsias, sem que com isso uma necessite perder para a outra ganhar. É possível trabalhar com a ideia em que todos ganham a partir da aplicação dos métodos autocompositivos.

Desta maneira, os meios autocompositivos de resolução de conflitos se sobressaem aos heterocompositivos por sondarem as motivações e analisarem as alegações afim de satisfazer o que as partes, subjetivamente, entendem por justiça, e, enfim, promover a paz.

Os métodos autocompositivos podem ser divididos em: autocomposição unilateral; autocomposição bilateral mediante negociação, ou, ainda, autocomposição bilateral facilitada, que, por sua vez se divide em conciliação e mediação (TARTUCE, 2015).

A mediação e a conciliação constituem-se como uma técnica de autocomposição bilateral facilitada pela ajuda de um terceiro imparcial. A ideia de autocomposição bilateral facilitada parte do pressuposto de que, quase sempre, as partes envolvidas num litígio não estão aptas a resolverem, sozinhas, a controvérsia, em razão da ausência de comunicação, pois, como nos ensina Zygmunt Bauman (2004), quando os relacionamentos acabam, a comunicação já não mais existia. As partes necessitam, assim, do auxílio de um terceiro imparcial: o conciliador ou o mediador.

Grande parte das vezes, se verifica que as partes, de forma espontânea, ainda que parcialmente, cedem reciprocamente ao interesse almejado pelo outro, pondo fim no problema sociológico e amenizando o mal psicológico.

O que mais difere a conciliação da mediação é o tipo de conflito e a profundidade das relações que o envolvem, interessando saber se essas relações são continuadas ou não. Como tratado mais adiante, a mediação é aplicada em vínculos conflituosos nos quais se busca manter um liame harmonioso, ou no mínimo respeitoso.

Na prática, o que vai diferir a mediação e a conciliação é o papel do terceiro imparcial diante da autonomia das partes. Enquanto o mediador esmerilha o conflito afim de que as partes enxerguem as razões por de trás do problema aparente, intervindo no campo emocional e fazendo com que conheçam seus próprios interesses, o conciliador se ocupa apenas em guiar as partes a um acordo cujo propósito é pôr fim ao litígio.

3 RELAÇÕES CONTINUADAS E A COISA JULGADA NAS AÇÕES DE FAMÍLIA

As relações continuadas são aquelas que se projetam no tempo, e que se defrontam com transformações em suas situações decorrentes dessa característica de continuidade.

O Código de Processo Civil de 2015 cita a relação continuada (anterior) e prevê a atuação da mediação nesses casos. O artigo 165, no parágrafo 3º dispõe:

> 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.

Resta clara a opção do legislador processual pela mediação em razão da necessidade de se estabelecer a comunicação entre pastes pressupondo a continuidade da relação após a solução do conflito. Como vimos, a sentença judicial não proporcionaria a paz desejada para a continuidade das relações em razão do jogo do ganha-perde que atende, quase sempre, ao interesse de apenas uma das partes envolvidas. Não trabalha e não resolve o conflito.

Por outro lado, certas sentenças, ainda que julgando o mérito, são passíveis de discursão posterior, como é o caso de decisões que julgam guarda de filhos, prestação de alimentos, exercício do direito de visitas, entre outras. Nesses casos, como seus efeitos se projetam para além da coisa julgada, os efeitos das sentenças podem ser alteradas por novas ações ou por pedidos dentro dos próprios autos do processo.

Corroborando essa afirmação, o Código de Processo Civil versa sobre o assunto no artigo 505, inciso I, onde se lê:

> Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, *salvo: I* – se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença.

Há quem diga que por possibilitar mudanças, tais ações não fazem coisa julgada material por não impossibilitarem a rediscussão da matéria. Tais doutrinadores não admitem a revisão da coisa julgada por critérios não previstos em lei, pois entendem que essa relativização a extinguem, pois com o pretexto de busca de justiça, abrem a possibilidade de inúmeras revisões no julgado, o que acaba por trazer instabilidade e insegurança jurídica, muito mais do que a justiça que se propõe.

Nesse sentido, leciona Araken de Assis:

> Não é preciso infalível oráculo para prever, abertas as exceções e proposta a flexibilização do instituto, a rápida disseminação desse vírus do relativismo para todo o corpo. Nenhum veto, *a priori*, barrará o vencido de desafiar e afrontar o resultado precedente de qualquer processo invocando a pretensa ofensa desse ou daquele valor da Constituição. Esta possibilidade multiplicará os litígios, nos quais o órgão judiciário de primeiro grau decidirá, preliminarmente, se obedece ou não o pronunciamento transitado em julgado do seu Tribunal e, até, conforme o caso, do

> Supremo Tribunal Federal. A intervenção legislativa para estabelecer, previamente, as situações em que a eficácia de coisa julgada não opera na desejável e natural extensão e o remédio adequado para retratá-la, talvez nos termos já esboçados alhures, é o único caminho promissor para banir a insegurança do vencedor, a afoiteza ou falta de escrúpulos do vencido e o arbítrio e casuísmo judiciais." (ARMELIN, 2008, p. 112/113)

Mas tal entendimento se vê prejudicado, uma vez que tais sentenças são aptas a produzirem coisa julgada. O que ocorre é que como as relações continuadas são passíveis de mutações, eventuais ações que venham a ser propostas serão fundamentadas em novos elementos trazidos com base em nova causa de pedir e novo pedido.

Com o intento de promover a dignidade da pessoa humana, cabe dizer que a coisa julgada nas ações de família deve ser encarada de forma diferenciada.

É com o que nos deparamos comumente nas relações que envolvem prestação de alimentos em que transcorrida alguma mudança na correlação necessidade/possibilidade, as partes poderão pedir revisão dos valores prestados fixados judicialmente. Como explica Elpídio Donizetti:

> (…) é o que ocorre, por exemplo, com a ação de alimentos, cuja prestação alimentícia é fixada tendo-se em conta a necessidade do alimentando e a possibilidade de pagamento do alimentante no momento da decisão. Também a regulamentação de guarda de filhos podem sempre ser revista, porquanto fixada tendo em vista as circunstâncias do momento. (DONIZETTI, p.500, 2008)

Ocorre o mesmo nas ações de investigação de paternidade, nas quais ainda que se tenha como definido o processo, mesmo que transitado em julgado, há a possibilidade de que um exame de DNA venha jogar por terra toda a instrução probatória, colocando em questão a inalterabilidade da decisão judicial. Apontando nessa direção, Maria Berenice Dias expõe:

> O prestígio dado à verdade real, como um dos corolários do direito à identidade, foi um dos fatores que ensejou o fenômeno da relativização da coisa julgada. Diante da possibilidade de descoberta da verdade biológica pelo exame de DNA, acabou a jurisprudência brasileira por admitir o retorno do filho a juízo, sempre que o resultado da demanda resultara da ausência de prova da paternidade: ou por não ter sido realizado exame pericial ou quando o índice de certeza não havia alcançado resultado significativo. Também quando a ação havia sido julgada procedente, sem prova pericial ou quando esta ainda dispunha de acanhado grau de certeza, os pais passaram a buscar a desconstituição da paternidade que lhe foi imposta por sentença. (DIAS, 2011, p.04).

Não significa dizer que há uma insubordinação ou incumprimento da coisa julgada, mas sim o amoldamento a uma nova situação, mudando a realidade e a circunstância da lide à qual a sentença pretérita não poderia alcançar.

Em todo caso, entretanto, há possibilidade de alteração da decisão inicial, o que pressupõe a possibilidade de sempre ser discutida a mesma questão inicialmente levada a juízo,

eternizando o conflito, em razão, principalmente, da não aceitação da parte sucumbente ante uma decisão desfavorável.

3.1 Relações continuadas: ações de família e a mediação

Desde o ano de 2010 a partir da Resolução 135 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça – o Poder Judiciário passa a contar, paralelamente aos métodos heterocompositivos, com mecanismos autocompositivos de solução de conflitos: conciliação e mediação. A partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, os métodos autocompositivos passam a ser utilizados, via de regra, no início de toda demanda judicial, salvo disposição expressa das partes em sentido contrário.

Muitas das vezes o conflito se instaura para além do âmbito superficial e atinge relações sociais formadas por vínculos mais robustos, na maioria das vezes, vínculos familiares. O Direito de Família é o "ramo do Direito que trata mais de perto com a pessoa, seus sentimentos, suas perdas e frustrações" (DIAS, 2016, p. 66). Segundo Rodrigo da Cunha Pereira (2002) são os restos do amor que batem às portas do judiciário. Não se pode negar, portanto, as peculiaridades concernentes aos conflitos que envolvem as relações familiares a reclamar uma abordagem interdisciplinar.

Nos casos em que o conflito deriva de relações continuadas, sendo de primordial importância a preservação e aperfeiçoamento da harmonia para que haja reestabelecimento da comunicação, a mediação é o instrumento mais apropriado de solução destes conflitos.

A mediação, ao contrário da sentença judicial, busca resolver o conflito na sua base e não a questão aparente objetivamente trazida ao judiciário. As partes têm a chance de externar suas angústias, medos, rancores, dores, sofrimentos, entre outros sentimentos que serão considerados pelo mediador na escuta ativa. São questões subjetivas amplamente trabalhadas na mediação e que não encontram amparo na objetividade da decisão judicial.

A exposição dos sentimentos possibilitará o delineamento da base do conflito para que seja solucionado, reestabelecendo a comunicação, o que facilitará, sobremaneira, o a busca pela melhor solução para a controvérsia, habilitando as partes a resolverem as questões futuras num ambiente humanizado e com respeito mútuo, resgatando, dessa forma, a cidadania.

A família, numa perspectiva constitucional, é menor célula social sobre a qual recai a proteção do Estado (na pessoa de cada um de seus membros). Resolver os conflitos familiares é promover a paz social, sendo este um dever do Estado. "A família, com seus dramas, teria

que encontrar um lugar para que suas desavenças, suas crises, fossem acompanhadas" (GARCIA, 2003, p. 349). O novo Código de Processo Civil prevê esse amparo na mediação que visa habilitar as partes envolvidas no conflito para que consigam buscar soluções. Assim, ao invés de resgatar prejuízos emocionais pelo sofrimento de sonhos acabados (DIAS, 2016, p. 66), os restos do amor serão trabalhados para que as partes envolvidas reconheçam suas responsabilidades, reestabeleçam a comunicação e estejam aptas para tratarem-se com respeito e buscarem novos sonhos, com dignidade, no pleno exercício de sua cidadania.

4 EFETIVIDADE DOS ACORDOS CONSTRUÍDOS ATRAVÉS DA MEDIAÇÃO

A mediação se apresenta como importante meio de pacificação social uma vez que busca capacitar as partes para solucionar os próprios conflitos, atribuindo-lhes responsabilidade pelos seus atos, e assim, promovendo a cidadania.

Uma sociedade repleta de variadas relações interpessoais exige que os meios de solução de conflitos reflitam e se compatibilizem com essa multiplicidade social. Quando os meios convencionais já não suprem a necessidade, deve-se buscar a instrumentalização de novos meios que proporcionem a dinâmica que a sociedade reclama.

Busca-se, dessa forma, a adoção de uma solução integrada dos litígios, como corolário da garantia constitucional de livre acesso à justiça estampada no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República de 1988 (THEODORO JUNIOR, NUNES, FRANCO BAHIA e PEDRON, 2016). Com efeito, o sistema multiportas do novo CPC, como nomeado pela doutrina processualista, oferece ao jurisdicionado a possibilidade de escolha do método mais adequado para a solução de controvérsia, visando, consequentemente, um melhor e mais amplo acesso à justiça (CAPPELLETTI e GARTH, 1988).

Nessa ótica, promover o acesso à justiça significa remover os entraves e possibilitar a efetivação da prestação jurisdicional. Para que isso seja possível, é necessário mais do que mudar as formalidades processuais, precisamos alcançar os fatores ocultos das lides interpessoais, que as fazem singulares e são determinantes em suas elucidações.

É comum que a solução imposta pela tutela jurisdicional fique distanciada da efetiva pacificação, e nem sempre apresente real solução. Nas relações continuadas, as partes envolvidas precisarão manter um convívio ainda que os problemas interiores se mantenham presentes. É isso que ocorre nos conflitos familiares.

É para estas situações que surge a mediação, possibilitando a solução do conflito em sua integralidade. As partes se tornam co-responsáveis pelo acordo composto, evitando, assim, que restem ressentimentos e que o problema venha a aflorar novamente.

> Na mediação, as partes têm a chance de se conhecer e se entender melhor, podendo compreender de modo mais consciente a situação na qual se encontram, e há probabilidade maior que, desta maneira, possam acordar solução adequada, desejável a ambas, sem todo esse desgaste, facilitando e preservando as relações futuras. (FABRETTI, 2008, p.86).

O método não adversarial de mediação pode ocorrer de forma prévia ou incidental. A primeira, de maneira informal, privando os conflitantes de serem parte de uma ação judicial. Dentre as vantagens da mediação prévia, destacam-se: a celeridade que a resolução em poucas sessões oferece; a preservação emocional dos envolvidos, que não precisam expor suas intimidades; os custos financeiros são praticamente inexistentes se comparados com os de um processo judicial; os anseios e pretensões das partes são analisados e alcançados ao mesmo tempo, tornando possível que ambas as partes saiam satisfeitas.

A segunda é decorrente de um a ação judicial, sendo realizada após a instauração do processo. Dentre as vantagens da mediação incidental, estão: a possibilidade de as partes abrirem mão da ação e se submeterem à mediação extrajudicial; pôr fim à lide sem a necessidade de longa instrução probatória; possibilita uma composição mais célere, desobstruindo o Poder Judiciário; alcance de um acordo que se mostra mais eficiente que uma sentença judicial; a disputa solucionada consensualmente evita qualquer sentimento de derrota pelos demandantes ao prevenir que as partes se sintam perdedoras por terem que cumprir decisão imposta por um terceiro, além de diminuir a probabilidade de frustração da execução.

Pode ocorrer, ainda, de forma incidental, por meio da suspensão do processo e encaminhamento para o setor de mediação forense. Via de regra, todas as demandas, ao serem propostas, antes mesmo da resposta do réu, serão encaminhadas para o CEJUSC – Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – para realização de conciliação ou mediação, conforme o caso, a menos que as partes expressem o desejo de não se submeterem à autocomposição, conforme dispõe o artigo 334, § 4º, I do Código de Processo Civil. Caso haja composição amigável, o processo é encerrado com a homologação judicial do acordo, caso contrário, o processo é devolvido para o juiz e retoma seu curso normal.

Além da regra geral, o Código de Processo Civil vaticina duas situações em que o encaminhamento do processo para o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) é obrigatório: nas ações de família e nos litígios coletivos pela posse de imóvel.

No procedimento especial "ações de família", o Código de Processo Civil dispõe no 694, *in verbis*:

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

A outra situação está prevista no artigo 565 da referida lei, que reza:

> Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º.

Como explana Ada Pellegrini Grinover em "Fundamentos da Justiça Conciliativa":

> A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que nem sempre lança mão de seus poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os 'justiceiros'). (GRINOVER, 2007, p.2.)

A mediação como forma alternativa de resolução de conflitos tem sua utilização indicada por se apresentar mais adequada e efetiva por transformar as adversidades em consonâncias alcançadas por meio do diálogo, mostrando aos envolvidos que com complacência, as diferenças e pretensões de todos são conhecidas e consideradas, constituindo um ponto de partida para a composição de um acordo que culmine na resolução do conflito e na instauração da harmonia.

Conforme já explanado, a mediação, ao contrário da conciliação, não tem em mira a construção de um acordo, que, não obstante, pode ocorrer a partir do reestabelecimento da comunicação entre as partes envolvidas que se sentirão habilitadas e confiantes para conduzirem suas relações de forma saudável e consensual. Portanto, o acordo é consequência real da comunicação, mas não a finalidade da mediação. A mediação bem-sucedida é aquela na qual se promove, de forma eficiente, a facilitação do diálogo (TARTUCE, 2015). Segundo Juan Carlos Vezzuella (2001) o mediador irá organizar a comunicação entre as partes para que ela se realize de forma eficiente, com atenção, clareza e aceitação do ponto de vista do outro.

Por meio das técnicas utilizadas na mediação, quase todas emprestadas de outras ciências, como a psicanálise, a exemplo da escuta ativa e do resumo positivo e prospectivo da fala das partes, o mediador, sem jamais propor qualquer sugestão para a solução da controvérsia, viabiliza a comunicação entre as partes, trazendo à baila a base do conflito que

gerou a questão aparente trazida pelo reclamante. Portanto, o mediador tem em mira a composição do conflito pelas próprias partes. Por consectário, caso as partes construam um acordo relativamente à questão aparente (aquela que gerou a reclamação do requerente), a solução encontrada será efetiva, ou seja, o acordo será, em regra, cumprido, visto que construído pelas próprias partes após trabalharem e solucionarem o conflito que as envolvia.

5 CONCLUSÃO

A mediação como método de resolução de conflitos que destaca a autonomia de vontade entre as partes, apresenta tentativas de restabelecimento da comunicação, visando um acordo que satisfaça a concepção de justiça para todas as partes. Essa liberdade de comunicação ao resultar em uma solução legitimada pelo entendimento e de caráter emancipatório é o que dá legitimidade ao acordo.

O desenlace da lide, por meio da resolução efetiva do conflito, é de proveito de toda a sociedade, pois acaba por eliminar o mal, tanto sociológico quanto individual (psicológico).

Na autocomposição, em que o conflito é dirimido pelas partes que o compõem sem a interferência direta de terceiros, acaba por se verificar que as partes, de forma espontânea, ainda que parcialmente, cedem reciprocamente ao interesse almejado pelo outro, pondo fim no problema sociológico e amenizando o mal psicológico.

A mediação se apresenta como um importante meio de desenvolvimento social, pois possibilita o protagonismo das partes na resolução do conflito, o que acaba por proporcionar satisfação pelo sentimento de reconhecimento de suas dores e necessidades, além de um maior senso de responsabilidade no cumprimento do acordo.

Na heterocomposição, as partes outorgam a solução da lide a um terceiro imparcial, que irá julgar aplicando o Direito ao caso concreto. O que se busca a partir da aplicação desse método é a reparação sociológica do coflito, deixando em segundo plano a subjetividade e os sentimentos que as partes por ventura possam suportar após tal deliberação impositiva.

O que se entende por efetividade da decisão imposta pelo Judiciário, é a capacidade de imposição que esse sistema goza para eliminar, de forma concreta, os litígios, fazendo cumprir o Direito.

Há a possibilidade de um alto grau de insatisfação e frustração com a decisão judicial, pois são recorrentes os casos em que, por parte de quem ganha, fica a sensação de que não

ganhou o suficiente, e por parte de quem perde, a sensação de que perdeu mais do que seria justo. Por isso, entende-se que os métodos heterocompositivos, na busca por apontar o Direito, muitas vezes deixam de alcançar a justiça, o que acaba por prejudicar sua eficiência.

O que traz relevância atualmente aos métodos autocompositivos é a proposta promissora do Conselho Nacional de Justiça de explorar tais métodos afim de reduzir a alta demanda do Poder Judiciário com a diminuição de processos e buscar mais celeridade aos processos já em trâmite, proporcionando maior acesso à Justiça.

Entendida a importância e demonstrada a natureza construtiva da mediação, e também pela relevância que o novo Código de Processo Civil atribui a ela, faz-se necessário o estudo desse método autocompositivo, a fim de alcançar a reestruturação do acesso à justiça, a valorização da pessoa e a conscientização popular para fomentar sua aceitação. Para tanto, conclui-se que o princípio do estímulo estatal à autocomposição não se restrinja a indicação à audiência de mediação ou conciliação e à criação de setores de conciliação e mediação, assim como a promoção de programas que orientem e estimulem a prática da autocomposição, mas que trabalhe a consciência da sociedade para mudar a cultura do litígio.

6 BIBLIOGRAFIA

ARMELIN, D. **Flexibilização da Coisa Julgada**. In Relativização da Coisa Julgada. Coordenação Fredie Didier Jr. 2.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013.

BACELLAR, Roberto Portugal. **O Poder Judiciário e o Paradigma da Guerra na Solução dos Conflitos**. In: PELLUSO, E. (org.) et all. Conciliação e Mediação**:** Estruturação da Política Judiciária Nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação Familiar: uma vivência interdisciplinar. In: **Direito de Família e Psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 339-346.

BAUMAM, Zygmunt. **Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: comentários à Lei n. 9307/96**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 31.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Coisa julgada no processo de família**. Acessado em 18/10/2016. Disponível em http://www.mariaberenice.com.br/uploads/13_coisa_julgada_no_processo_de_fam%EDlia.pdf.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17. ed. v.1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

ELPIDIO, Donizetti, **Curso Didático de Direito Processual Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GRINOVER Ada Pellegrini, **Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional.** São Paulo: Ed. Atlas, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias.** Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 17, 2004.

ROCHA, José de Albuquerque. **Arbitragem: questões polêmicas.** In: BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lilia Maia de Morais (Org.). Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos. Rio de Janeiro: GZ, 2003.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2 ed. São Paulo: Método, 2015.

VEZZUELLA, Juan Carlos. **Mediação: teoria e prática**. Guia para utilizadores e profissionais. Lisboa: Agora, 2001.