

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM  
HELDER CÂMARA**

**ACESSO À JUSTIÇA I**

**JUVÊNIO BORGES SILVA**

**TEREZA CRISTINA SORICE BARACHO THIBAU**

**EDINILSON DONISETE MACHADO**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**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

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

A174

Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Juvêncio Borges Silva, Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, Edinilson Donisete Machado – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-075-6

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. 3. Direito processual. 4. Direitos humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

---



# XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

## ACESSO À JUSTIÇA I

---

### **Apresentação**

#### ACESSO À JUSTIÇA I

O acesso à justiça, para além do acesso ao judiciário, demanda a invocação de diversificadas frentes de atuação, tanto judiciais quanto extrajudiciais.

A legislação brasileira vem sendo atualizada e revisada com o propósito de acompanhamento do dinamismo e complexidades das relações sociais e dos novos modelos de configuração dos conflitos postos.

A cultura do litígio tem sido, e precisa mesmo ser, substituída pela cultura da conformação dos interesses. Conformação compreendida não no sentido de resignação, mas sim de conformidade e harmonização. Essa experiência da conformação poderá ser implementada por meio de técnicas extrajudiciais de solução de conflitos, tais como: mediação, arbitragem, negociação, etc. Todas elas refletem soluções baseadas na racionalidade, levando à emancipação dos sujeitos de direito que se empoderam de sua capacidade de construir e cumprir acordos pensados em conjunto, evitando o excesso de judicialização dos conflitos, e consequentemente, do endêmico emperramento do Poder Judiciário.

Aprender a lidar com a cultura da conformação e negociação dos conflitos é tarefa que deve iniciar-se cedo na vida das pessoas. Os professores, de um modo geral, têm um fértil campo de atuação neste sentido. Desde a escola infantil até os bancos das universidades, esse ensinamento poderá ser passado e treinado, só assim poderemos cultivar a paz nas relações sociais. De outra forma os conflitos sociais se tornarão cada vez mais complexos e demorada sua solução.

Tanto a morosidade do Judiciário na solução dos conflitos a ele denunciados, quanto a falta de políticas públicas adequadas ao atendimento das necessidades sociais, bem como a cultura do litígio encrustada no inconsciente da sociedade, constituem sérios entraves à realização do acesso à justiça social.

Lado outro não se pode negar a estreita ligação, via de regra falida, entre a concessão satisfatória dos direitos judicialmente reconhecidos e a real possibilidade de sua realização e

asseguramento aos jurisdicionados. Assim é que se vê se fazerem claros os entraves políticos e econômicos à solução dos conflitos sociais, tornando, em diversas circunstâncias, as decisões judiciais inócuas e/ ou inexecutáveis.

Áreas que compõem os direitos sociais constitucionais, tais como a saúde, o meio ambiente, o direito previdenciário, criança e adolescente, etc, necessitam de investimento e planejamento prévios de todos os Poderes do Estado para serem garantidos com um mínimo de segurança. Desta forma o acesso à ordem jurídica justa poderá ser alcançada e mantida, diminuindo-se, finalmente, a perniciosa tensão entre a Política e o Judiciário, garantindo-se, desta forma, o cumprimento do prometido Estado Democrático de Direito anunciado e prometido na Constituição da República de 1988.

Neste sentido, os capítulos a seguir, com seus correspondentes autores, emprestam significativa contribuição ao debate sobre o acesso à justiça, sendo possível observar as seguintes temáticas:

1ª - Acesso à justiça e teoria discursiva do direito, acesso à justiça e justiça restaurativa, e acesso à justiça e Estado Democrático de Direito. Discute-se neste eixo temático o acesso à justiça sob a ótica da teoria da ação comunicativa de Habermas, focando o direito como busca do consenso, procurando superar os tecnicismos e burocracias da razão instrumental e o resgate da razão pela via da comunicação, com o fito de construir um direito pautado pela efetiva participação social. Em perspectiva semelhante trata o capítulo que aborda a Justiça Restaurativa, a partir de análise do Projeto de Lei 7006/2006 que propõe alterações no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais. O objetivo é proporcionar às partes envolvidas autonomia e efetiva participação, contando com a participação ampla da rede social para o alcance do seu desiderato, como forma de contribuir para o acesso à justiça. Num terceiro momento abordar-se a relação entre acesso à justiça e Estado Democrático de Direito, considerando posicionamentos do Poder Judiciário, partindo-se de um caso concreto envolvendo a coleta de lixo no município de Cambuquira-MG e a decisão do Tribunal determinando sua realização três vezes por semana, e destacando a participação social neste processo envolvendo a comunidade e o meio-ambiente.

2ª - Acesso à justiça e morosidade judicial, acesso à justiça e razoável duração do processo. Discute-se neste eixo temático os problemas da morosidade judicial na Justiça Brasileira, o congestionamento de processos, o não cumprimento do princípio da razoável duração do processo e os graves prejuízos que tal ocasiona à prestação da justiça.

3ª - Acesso à justiça e judicialização dos direitos sociais, judicialização das políticas públicas e ativismo judicial. Discute-se neste eixo o fenômeno da judicialização das políticas públicas, a relação entre o político e o jurídico na efetivação de direitos sociais fundamentais, a atuação dos tribunais e sua legitimidade em face de decisões que tem repercussão no poder político, mormente na Administração Pública, tendo em vista que o administrador público tem um orçamento previamente votado e aprovado. Aborda-se o conflito entre o princípio da "reserva do possível" e do "mínimo existencial", destacando as decisões dos tribunais nesta matéria.

4ª - Acesso à justiça e métodos alternativos de resolução de conflitos. Discute-se neste eixo temático os meios alternativos de resolução de conflitos, como mediação e conciliação, a inserção destes institutos no Novo Código de Processo Civil, e a contribuição dos meios alternativos de resolução de conflitos para a ampliação do acesso à justiça, rompendo com o paradigma do contencioso, e buscando mostrar que é possível acessar e realizar justiça sem que seja necessariamente pela vida dos tribunais.

Esperamos que todas as discussões aqui tratadas possam contribuir para ampliar a compreensão do acesso à justiça e efetivação dos direitos fundamentais sociais.

**CONFLITOS EM DIREITO DE FAMÍLIA E A UTILIZAÇÃO DE MÉTODOS ALTERNATIVOS: APLICABILIDADE E UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO FAMÍLIAS SÓCIO - AFETIVAS.**

**CONFLICT IN FAMILY LAW AND THE USE OF ALTERNATIVE METHODS: APPLICABILITY AND USE OF MEDIATION TO SOLVE CONFLICTS INVOLVING FAMILIES SOCIO - EMOTIONAL.**

**Luiz Carlos Garcia**

**Resumo**

Atualmente, a sociedade vive um processo de judicialização massiva dos conflitos, o que congestiona o Poder Judiciário e insufla a contenciosidade social. Tem-se um verdadeiro ciclo retroalimentativo, no qual as pessoas, devido à complexidade das relações sociais que só fez aumentar com os muitos redimensionamentos dos relacionamentos e a ausência de tempo, querem soluções que independam de sua ação direta, ocorrendo uma verdadeira terceirização das soluções. Novas situações sociais e jurídicas surgiram e com elas novos conflitos. A dinâmica social mudou; entretanto, as maneiras adotadas pelos métodos tradicionais de resolução de conflitos especialmente o Poder Judiciário e o processo de modo geral não acompanharam tais mudanças. Assim, muitas vezes o cidadão busca o Estado-juiz e este, pela própria dinâmica de sua atividade não consegue dar uma solução que de fato apazigue a situação e resolva o conflito. O que há na maioria das vezes, é uma decisão acerca de fatores patrimoniais ou contingenciais que não alcança a complexidade que deu origem ao problema, ou mesmo caracteriza um real acesso à justiça. A desvinculação da ideia de acesso à justiça apenas como acesso ao judiciário precisa ser uma realidade na vida social e jurídica do Brasil. No caso em especial dos conflitos envolvendo as relações familiares socioafetivas, o provimento jurisdicional é especialmente ineficaz. A ausência de participação dos indivíduos na construção daquela decisão acaba por muitas vezes não conseguir de fato resolver o problema. E as consequências podem ser desastrosas, haja vista os muitos casos de alienação parental por parte dos pais que dividem a guarda de um menor, situações de agressão entre indivíduos que conviveram em sociedade conjugal, dentre outros. Desta feita, vê-se a mediação como mecanismo mais adequado e mais eficiente para a resolução de conflitos que envolvam tais questões, tendo em vista a atuação das partes de maneira mais intensa e mais participativa na construção da decisão que recairá sobre eles.

**Palavras-chave:** Mediação, Socioafetividade, Direito de família, Acesso à justiça

**Abstract/Resumen/Résumé**

Nowadays, a process of massive judicialization of conflicts takes place at society, congesting the judiciary and increasing social disagreement. There is, in fact, a feedback cycle in which people, due to social relationships complexity which has been growing increasingly with the

multiple remodeling of relations and time absence, want solutions that does not require direct attention, resulting in clear outsourcing of relations. The emergence of new social and judicial situations brings new conflicts. Social dynamic has changed; however, the methods adopted by the traditional ways of problem resolution especially the judiciary and the process, generally speaking did not follow that change. Therefore, commonly the citizen requires assistance from the State as a judge, and this State, through its own activity dynamic cannot ensure a solution that, indeed, calms the situation and solves the problem. Most of the time, the leading measure is a decision concerning patrimonial or subjective factors, that does not reaches, properly, the complex source of the question or even serves as a real access way to justice. Disengagement of the idea of judiciary access as a representation of justice access needs to be a reality in Brazils social and judicial life. At the specific cases evolving familys socio-affective relations, juridical provision is especially inefficient. The lack of personal participation at the decision process ends up, at several occasions, not solving the issue. Consequences can be catastrophic, as seen at many cases of parental negligence by parents sharing a minors guardianship, aggression situations related to individuals in matrimonial society, along with other cases. This way, mediation appears as a more efficient and proper mechanism for the intent of these questions resolution, since it makes possible a more intense participation from those concerned at the decision that will, certainly, revolve around them.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Mediation, Socio-affective, Familys right, justice access

## XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI 2015

### 1 INTRODUÇÃO

O conceito de acesso a justiça é multifacetado, e sofreu ao longo da história diversas interpretações e consubstanciou-se num verdadeiro processo evolutivo ao longo da história, tornando-se um valor querido pela sociedade moderna e buscado e debatido pela comunidade jurídica. Paralelo a isso, é cediço no meio acadêmico e social de modo geral a percepção de que o Judiciário não vem conseguindo atender a imensa quantidade de litígios que entram nos fóruns, tribunais e instâncias superiores. Ou seja, o acesso tem como obstáculo a imensa quantidade de casos, além das muitas outras questões – financeiras, sociais, ausência de informação.

Entretanto, falar de acesso efetivo a justiça não é absolutamente sinônimo de acesso ao judiciário, haja vista que, a ideia de justiça, especialmente do ponto de vista de uma prestação efetiva que produza efeitos desejados pelas partes e traga a pacificação daquela situação. Portanto, tratar a ideia de acesso a justiça vai muito além de trabalhar as demandas judiciais e como essas são ou não solucionadas, quanto tempo leva e como é a essa prestação.

O acesso a justiça no Brasil é considerado um direito fundamental, que se materializa gerando inclusão social e efetivando o princípio da igualdade em seu viés material. Entretanto ainda há muitos obstáculos que são diariamente enfrentados por aqueles que se encontram em situação de hipossuficiência econômica – de ordem econômica especialmente, mas também questões geográficas e própria falta de formação e informação – que acabam por obstaculizar ainda de forma intensa uma popularização do acesso a justiça. Ou seja, se o judiciário está abarrotado, se todos tivessem acesso a este, como única via para a concretização de uma ideia de acesso, o sistema entraria em verdadeiro colapso.

Com as muitas alterações sofridas por todo o ideário de família – tanto do ponto de vista social quanto legal/jurídico – muitos ganhos ocorrerão. Afinal entidades familiares foram reconhecidas, o cerne do que é e de qual a função da família mudou e

os membros da instituição familiar passaram a gozar de espaços que antes não eram cogitados. Entretanto, da mesma forma com tais mudanças novos questionamentos, novas relações e situações surgiram e com elas novos conflitos. Na contemporaneidade há a visão de uma família não hierarquizada, pautada na igualdade entre aqueles que a compõe e que tem como objetivo final promover o local adequado para o livre desenvolvimento da personalidade de seus membros (ALMEIDA, RODRIGUES JÚNIOR, 2012. p. 48) com fulcro na felicidade, em combinação com a liberdade quanto a formação da entidade familiar trazida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, resulta no reconhecimento de diversas entidades familiares, diferentes na sua constituição mas que devem ser igualmente respeitadas e protegidas pelo Direito.

Novas entidades familiares surgiram, famílias monoparentais, famílias poliafetivas, famílias recompostas e bem recentemente as famílias homoafetivas com a equiparação da união homoafetiva a união estável heterossexual realizada pelo Supremo Tribunal Federal - ADI 4.277/ADPF 132 – (BRASIL, 2011) efetiva-se para estes casais uma série de direitos que antes lhes eram negados dentre eles o de serem reconhecidos enquanto entidade familiar. Junto com o reconhecimento destas instituições familiares, emerge para o mundo jurídico em sua acepção mais ampla possível o grande desafio de dar para estas novas maneiras de se relacionar a devida tutela jurisdicional.

Nesta nova maneira de encarar e perceber a família tanto no plano social como jurídico há um prestígio maior ao que já era considerado parte da ideia de família mas que até então não possuía um papel tão relevante – o afeto. Os laços afetivos, as relações oriundas e baseadas no afeto são elo de ligação entre basicamente todas as entidades familiares que foram abarcadas pela interpretação constitucional. Ou seja, o apego exacerbado as questões biológicas da lugar a visualização da relevância e importância da afetividade enquanto mola propulsora das relações sociais e construtora de laços que necessariamente acabam por trazer consequências jurídicas. Se na estrutura familiar tradicional já devia-se um cuidado maior no momento de tratar os conflitos que surgiam, pois quando se trata de relações familiares o que se está em jogo é sempre mais abrangente que meras questões comerciais e/ou financeiras, agora com este redesenho da família, tendo como base a afetividade, este cuidado terá que se redobrar.

Os procedimentos que caracterizam os métodos convencionais de resolução de conflitos acabam por minimizar ou quase acabar com a participação dos envolvidos na

construção do provimento jurisdicional. De modo que, em casos onde há um envolvimento emocional intenso, um nível de intimidade entre as partes – que é característica quase que permanente nas disputas envolvendo questões familiares – a decisão acaba por não contemplar, não abarcar da maneira adequada ou pelo menos não em sua totalidade tais questões. Isso pode ser facilmente ilustrado por casos onde haja disputa de guarda de um menor pelos pais. As questões patrimoniais acabam se sobrepondo as demais, e as consequências podem ser desastrosas para toda aquela família. Pois em que pese ter havido um divórcio, a família não deixou de existir. E ao final do processo tem-se um acerto econômico e muitas vezes uma imposição social, que não põe fim ao conflito em si.

Neste diapasão, acredita-se que um método alternativo de resolução de conflito como a mediação, seria mais adequado para a resolução de questões envolvendo o direito das famílias, em especial daquelas que possuem como base a socioafetividade, que algumas vezes possuem características muito próprias e cuja complexidade não pode ser exaurida pela lei, de modo que a participação dos membros da família para a construção de uma solução mais adequada é essencial. E a mediação acaba por propiciar este espaço, de escuta, de negociação e de compreensão. De modo a criar espaço mais adequado para um desfecho que de fato e de maneira efetiva consiga colocar fim ao conflito mas num aspecto não meramente patrimonial e jurídico, mas sim social e que leve a convivência pacífica dessas famílias.

## **2. O ACESSO A JUSTIÇA NA CONTEMPORANEIDADE**

Atualmente, o acesso à justiça é considerado um direito fundamental, garantido constitucionalmente, como instrumento de inclusão social, de efetivação de direitos e de concretização de uma vida digna. Todavia, o acesso à justiça no sistema jurídico brasileiro enfrentou – e ainda enfrenta – obstáculos de natureza econômica, processual e institucional para sua real efetivação. Foram necessárias mudanças políticas e processuais, as quais receberam a denominação por Cappelletti e Garth (1988, p.31) de "ondas de acesso".

Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p.8), não basta que sistema jurídico seja acessível a todos se não produzir resultados justos e efetivos às partes litigantes e à sociedade como um todo. O acesso à justiça deve agregar, portanto, um aspecto qualitativo, significando não só o acesso a uma solução adjudicada pelo Poder

Judiciário (WATANABE, 1988), mas, também, a possibilidade de adoção de métodos complementares de gestão do conflito, tendo em vista que a finalidade precípua do acesso à justiça é a concretização de direitos.

Não há que se olvidar que a contenciosidade que permeia todo o tecido social na atualidade acaba por fazer desaguar no judiciário uma enormidade de ações e que não conseguem muitas vezes promover uma efetiva resolução de conflitos. Questiona-se muitas vezes como alternativa o mero aumento da máquina estatal, como panaceia para todos os males do acesso e da falta de efetividade na resolução dos conflitos. Aumentar a estrutura da máquina Judiciária não é uma alternativa suficiente para desinchá-la e nem para tornar as resoluções mais apropriadas, se não houver um desestímulo na exacerbada judicialização da sociedade, pois uma cultura excessivamente demandista difunde a

“equivocada percepção de que todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito deve, de pronto, ser repassado à Justiça estatal, ligação direta que implica insuflar a contenciosidade social e desestimular a verdadeira cidadania” (MANCUSO, 2011, p. 27).

Saliente-se ainda que, a outorga exacerbada da resolução dos conflitos para o estado-juiz acaba por desestimular as relações a busca por soluções mais práticas e ainda minimiza a capacidade do cidadão de se articular de maneira emancipada e autônoma.

## **2.1 Os métodos alternativos de resolução de conflito enquanto mecanismo de facilitação e promoção do acesso à justiça**

A solução de conflitos na sociedade é algo discutido há muito tempo. Em que pese na atualidade o Estado ser o detentor da jurisdição, não se pode olvidar da existência de outras formas de resolução de conflitos – arbitragem, conciliação, mediação – que muitas vezes se compatibilizam de forma mais adequada às peculiaridades de cada caso e especialmente se mostram mais eficazes do ponto de vista do acesso à justiça.

A ideia de acesso a justiça é ampliado, pois percebe-se que, não mais a mera possibilidade de recorrer ao judiciário é suficiente para a efetividade do direito perseguido, mas a adequabilidade do resultado para a satisfação do indivíduo com fulcro na pacificação social, como objetivo a ser buscado pelo Ordenamento Jurídico,

bem como a edificação da dignidade da pessoa humana. Neste sentido esclarece Mauro Cappelletti,

O resultado do enfoque do acesso à Justiça é uma concepção “contextual” do direito. Em vez de uma concepção unidimensional, pela qual o direito e a ciência jurídica se limitam à declaração das normas, afirma-se uma concepção tridimensional: uma primeira dimensão reflete o problema, necessidade ou exigência social que induz à criação de um instituto jurídico; a segunda dimensão reflete a resposta ou solução jurídica, por sinal uma resposta que, atenda as normas, inclui as instituições e processos destinados a tratar daquela necessidade, problema ou exigência social; enfim, uma terceira dimensão encara os resultados, ou o impacto, dessa resposta jurídica sobre a necessidade, problema ou exigência social. (CAPPELLETTI, 1994)

E nessa terceira dimensão citada pelo autor, que diz respeito ao impacto trazido pelo contexto da resolução do conflito na vida dos indivíduos que se inserem os meios alternativos de resolução, como a mediação, enquanto processo de resolução de conflitos, em que há a presença de um terceiro, que de maneira imparcial, assiste as partes, de modo a promover o diálogo, e que sem poder de decisão, ajuda na articulação das questões que devem ser resolvidas (RODRIGUES JÚNIOR, 2007). O mediador pode até instigar a composição entre as partes, entretanto se esta ocorrerá ou não caberá às partes decidirem (ORSINI, 2011). Ou seja, é nítido que há um empoderamento das partes quanto a decisão de suas questões e conseqüente resolução de seus conflitos.

Assim sendo, e por suas peculiaridades – diálogo, ambiente de imparcialidade e confidencialidade, novas opções, participação ativa das partes – a mediação na seara dos conflitos familiares torna-se especialmente viável, haja vista que tratam-se, em regra, de conflitos que são permeados por uma carga emocional demasiada, e a redução de todos estes sentimentos bem como de toda a carga de experiências vividas a mera partes de um processo, que irá ter como discussão basicamente aspectos patrimoniais, é não valorizar um aspecto que é basilar das relações familiares modernas, qual seja, o afeto.

A família mudou. Deixou de ser patriarcal, patrimonialista, hierarquizada para se tornar eudemonista, ou seja, com fulcro no livre desenvolvimento da personalidade de seus membros e preocupada com a felicidade destes (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 53). Tem-se a migração do viés da família-instituição para a família-meio, ou seja, a família se realiza a partir da realização de seus membros. Ela não é mais vista

como motivo em si mesma e sim como instrumento para a realização de todos seus membros – pais, mães, filhos – e se concretiza quando consegue ser promotora da dignidade destes (LÔBO, 2011).

O conceito de família foi ampliado pela Constituição da República de 1988, dando especial destaque e valor ao afeto, enquanto formador de laços familiares. Como ilustração disso tem-se as famílias recompostas – formadas por pais com filhos unilaterais e filhos comuns – as famílias monoparentais – ascendente e descendente – as famílias homoafetivas – formadas por casais do mesmo sexo – dentre outras. O elo comum e prestigiado pela lei, é exatamente a presença do afeto e seu condão em criar relações jurídicas/familiares. Nascendo assim as relações socioafetivas. Que em nada são inferiores as relações sanguíneas ou não formais. Para o presente estudo, faz-se especialmente relevante a análise da paternidade socioafetiva, ou seja, o laço de filiação criado pelo afeto entre um menor e o companheiro e/ou companheira de seu pai/mãe biológico. Considere-se ainda que, a posição do afeto nas relações familiares tem ganhado especial destaque tanto na doutrina – Maria Berenice Dias, Paulo Luiz Neto Lôbo – como na jurisprudência pátria – recene julgado do Superior Tribunal de Justiça bem como do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade.

Com a horizontalização das relações familiares e o prestígio do afeto nestes laços houve um alargamento também dos conflitos no âmbito do Direito das Famílias, vez que, novas conformações foram abarcadas pelo conceito de família e as relações saíram apenas do campo biológico e assumiram outras feições. Se já antes, a prestação jurisdicional não era adequada para a resolução de tais conflitos, haja vista o caráter estritamente patrimonial das decisões em regra, hodiernamente estas tornaram-se ainda mais pouco efetivas e sem impacto do ponto de vista do material acesso a justiça.

Na seara da socioafetividade, as partes envolvidas, bem como um terceiro que se posicione não como aplicador da lei, mas como promotor do diálogo, são bem mais aptos a considerarem e valorizarem a relação afetiva estabelecida. Nos casos de filiação biológica e socioafetiva, quando há a disputa pela guarda do menor, a discussão das partes, com a necessária sensibilidade para a visualização da necessidade da construção da alteridade naquela situação, é mister para que o resultado final seja materialmente justo e adequado. Nesta esteira a mediação familiar nas relações socioafetivas desponta

como método mais que indicado e adequado para uma resolução do conflito envolvendo o menor o menos danosa tanto para os pais e especialmente para a criança ou adolescente, atendendo assim ao princípio do Melhor Interesse do Menor. Como preleciona Maria Berenice Dias,

A mediação familiar é um acompanhamento das partes na organização de seus conflitos, objetivando uma decisão rápida, ponderada, eficaz e satisfatória aos interesses em conflito. Portanto, a decisão é tomada pelas partes, que orientadas por um mediador, resgatam a responsabilidade suas escolhas. (DIAS, 2005)

A mediação familiar portanto, é o caminho mais viável para que os conflitos familiares, especialmente aqueles envolvendo a guarda de menores – onde a questão patrimonial é nitidamente secundária - e nos quais há a presença da socioafetividade como característica, sejam solucionados de modo a satisfazer melhor os interesses das partes, atender ao melhor interesse do menor, e ao mesmo tempo influenciar a postura dos envolvidos para situações futuras, de modo a agirem de maneira mais autônoma e emancipada.

### **3. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E SUA UTILIZAÇÃO**

Os métodos alternativos de resolução de conflito surgem como uma opção ao sistema convencional. Não se trata de uma manobra para desafogar o Judiciário – em que pese esta ser uma consequência inclusive querida – mas sim de uma maneira de se fazer de forma diferente. Ou seja, a busca por uma forma de se resolver e alcançar o acesso a justiça sem se passar necessariamente por uma decisão que por fim se impõe sobre todos.

Métodos como conciliação, arbitragem e a mediação se apresentam como formas para que o cidadão busque a maneira que melhor se adequa para resolver um problema que ninguém melhor que ele mesmo conhece.

### **3.1 A Mediação e sua utilização no Direito de Família – adequação a um novo paradigma de conflito e suas soluções**

O acesso a Justiça é analisado por Mauro Cappelletti por diversos aspectos. Um desses aspectos é o processual. Dentre as questões apontadas no campo processual que acaba por restringir e prejudicar o acesso a Justiça há o obstáculo econômico. Muitas pessoas por motivos econômicos, não tem acesso à informação e a representação adequada e isso lhes restringe o acesso a Justiça da forma como deveria ser (CAPPELLETTI, 1994).

Conjuntamente, há que se ressaltar as mudanças sofridas pela família, desde seu conceito e as formatações que esta possui, até a sua função dentro da sociedade que acaba por mudar e influenciar diretamente os conflitos e a forma destes (DIAS, 2005). E conseqüentemente há que se pensar em formas alternativas e mais adequadas para a solução destes conflitos. Isto torna-se especialmente pungente quando analisada a situação de famílias onde as relações são mais complexas e se caracterizam pela socioafetividade como formadora de laços de filiação. Ou seja, numa família onde a relação pai/filho possui tanto laços biológicos quanto socioafetivos, e se depara com uma situação de conflito acerca da guarda de um menor, é especialmente delicada a forma como tal conflito será guiada, de modo a chegar-se a uma resolução o mais justa e benéfica possível.

Neste quadro, o processo nos moldes que ocorre na justiça comum é notoriamente insuficiente e pouco eficaz, vez que, a sentença coloca fim a uma disputa patrimonial, na qual o filho é inclusive e às vezes utilizado como forma de ataque entre os cônjuges, e os laços afetivos – já reconhecidos tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência como instituidores de laços de paternidade/maternidade – não serão considerados, podendo gerar situações de desrespeito a direitos tanto de um dos pais quanto do próprio menor.

Assim a mediação mostra-se com forte apelo a considerar o lado subjetivo do conflito, que no caso das relações familiares é extremamente relevante e acabam por permear todas as demais questões. Saliente-se que a mediação não visa o acordo mas a comunicação. As partes são colocadas frente a frente, e é função do mediador incentivar a alteridade e o diálogo. Estas irão sem uma imposição estatal, entrar ou não em um

acordo, entretanto terão a oportunidade de ouvir os diversos aspectos que numa conversa particular, sem a presença de um terceiro para auxiliar e mediar, não ocorreria. Neste sentido,

O mediador não sugere solução, não induz e nem tão pouco decide. A sua função é propiciar uma maior e melhor escuta das partes, para que a compreensão seja introduzida na sequencia dos fatos narrados, levando os litigantes ao exercício da tolerância recíproca. Por isso, não se confunde com a Conciliação, que pode sugerir e induzir comportamentos e decisões. (SOUZA, 2011)

Fato é que, em relações onde a subjetividade e a afetividade são preponderantes e inclusive base destas e dos conflitos que surgiram, com destaque para o reconhecimento da socioafetividade, os envolvidos possuem muito mais condições de se chegar a um acordo que atenda de forma mais produtiva suas necessidades que uma sentença que venha impor uma decisão da qual estes não participaram diretamente da construção.

Nestes termos, propõe-se a mediação como forma alternativa de conflito mais adequada a resolução dos conflitos envolvendo a guarda de menores, onde haja a presença de pais – biológicos e socioafetivos – pois esta será mais efetiva no que tange a consideração dos laços estabelecidos e na composição das partes de modo geral. Acredita-se que, dessa maneira haverá, além da consonância com a atual doutrina do Direito das Famílias - que visualiza o afeto como fator de suma importância na construção do ideário de família – mas também atenderá ao Princípio do Melhor Interesse do Menor. Além de levar os indivíduos a uma maior reflexão de sua situação e conseqüente emancipação quanto ao ato de escolher firmar novos relacionamentos no futuro. O que culminará em última análise a uma construção de indivíduos mais autônomos e seguros quanto a resolução de suas questões e a construção de uma cultura de paz social.

### **3.2 A mediação no novo Código de Processo Civil**

O novo Código trabalha basicamente com a ideia da mediação judicial. Vem disciplinando como esta se dará no seio dos Tribunais, ou seja, trata-se de uma

institucionalização do processo de mediação. Um grande risco dessa questão está na visualização desta apenas como meio, como escape para desafogar o Poder Judiciário, o que seria um equívoco.

O tema acaba ainda por dividir opiniões entre juristas, sendo que alguns consideram a ideia viável e como um fator a favor auxiliar na melhoria da prestação jurisdicional bem como de desafogar sim um pouco o judiciário. E outros que consideram uma perda de tempo, haver uma situação de mediação anterior. E ainda, outros que veem a possibilidade da mediação para determinados ramos do Direito – direito de família, causas consumeristas - entretanto acham inviável para outros – como o direito empresarial por exemplo. O projeto traz os mediadores e conciliadores como auxiliares da justiça e disciplina a matéria de forma mais detalhada.

As disposições trazidas pelo código, trabalham desde como os Tribunais devem agir para a formatação dos setores de conciliação e mediação, como o mediador deve agir e prevê ainda que outras formas de mediação extrajudicial são plenamente possíveis. Para ilustrar como o tema foi abarcado pelo novo diploma legal pode-se fazer referência a: O que disciplina o artigo 166 onde o texto traz ampla preocupação no que diz respeito a confidencialidade, ou seja, o mediador/conciliador não dispõe das informações, estas só podem e devem ser utilizadas para auxiliar as partes na busca pelo esclarecimento acerca do conflito em questão. Outro exemplo é o texto do artigo 169 que trabalha questão interessante, pois o dispositivo dá maior autonomia às partes quando da escolha daquele terceiro que irá em alguma medida intervir na sua vida, na resolução daquela situação instaurada, saliente-se ainda para o fato de não ser o juiz, pessoa indicada para assumir este lugar de mediador. Afinal, sendo as sessões de mediação anteriores e podendo ainda desaguar num processo convencional, o juiz estaria, ainda que inconscientemente, influenciado por tudo o que se passou e foi ouvido na mediação, de modo a destoar de uma ideia de julgamento que busca a imparcialidade. O texto trás ainda questões atinentes a percepção salarial, impedimento do mediador/conciliador, dentre outros, como segue abaixo transcrito.

A lógica da mediação absolutamente não é a mesma lógica do processo convencional, e se, quando da sua institucionalização isso não for considerado, o que se terá é mais um setor do judiciário que em pouco tempo se tornará um reflexo fidedigno deste com

todos os seus vícios e agindo com os mesmos princípios norteadores, o que desconfiguraria totalmente a mediação.

O processo da mediação se caracteriza por trabalhar o conflito, não se trata de buscar o acordo a qualquer custo. Na ideia do doutrinador Luis Alberto Warat (2001, p.31), o objetivo da mediação não seria o acordo, mas a mudança das pessoas e seus sentimentos. Somente dessa forma seria possível transformar e redimensionar o conflito.

A ideia de uma forma alternativa para a resolução do conflito não pode se perder. Afinal, busca-se exatamente uma alternativa para o modelo atual, que especialmente para determinados setores e determinados conflitos se mostra bastante ineficaz. Nas palavras de Boaventura de Souza Santos (1988, p.23), só a mediação poderia subverter a separação entre o conflito processado e o conflito real, separação que domina a estrutura processual do direito do estado capitalista e que é a principal responsável pela superficialização da conflituosidade social na sua expressão jurídica. De modo que, a mediação entra como uma opção real, para da maneira adequada, buscar a resolução do conflito em sua essência, considerando inclusive os aspectos que não dizem respeito tão somente a questões jurídicas, mas sim da relação interpessoal que é muitas vezes o real motivo do conflito estar instalado.

Isso leva a conclusão que a mecanização da mediação, ou seja, sua reprodução para atender a uma demanda que abarrotava os Tribunais, de forma indiscriminada e sem considerar seu verdadeiro propósito é um grave erro. Ilustrando isso vem uma frase categórica do autor Humberto Dalla Bernardina de Pinho (PINHO, 2010, p.67) A mediação é um trabalho artesanal. A busca pelos interesses que estão por trás das alegações externas, bem como das razões ocultas que podem vir a ocasionar o conflito é fundamental para que o mediador possa auxiliar as partes e essas buscarem uma resolução real do conflito.

Não a vedação quanto a mediação extrajudicial, entretanto o projeto também não a regula. Alguns estudiosos apontam para o fato de que a mediação no âmbito judicial, ainda que não seja a ideal, pode contribuir para a diminuição da cultura de litígio que ainda é predominante no contexto da sociedade brasileira. Ou seja, já que há uma busca

maciça pela decisão do juiz – cultura da sentença – talvez a mediação contando com esta roupagem institucionalizada seja mais atrativa e abra caminho para que essa mentalidade seja melhor trabalhada e essa cultura mudada.

Outro aspecto que vem sendo questionado é a questão da Mediação Obrigatória, como ocorre em alguns Estados dos EUA – Califórnia e Flórida, por exemplo – ou ainda como acontece na Argentina que desde o ano de 1995, há a obrigatoriedade de passagem por instância prévia de mediação aos processos judiciais. O que também ocorre de forma semelhante na Itália desde o ano de 2010. O que se tem nas situações em questão é uma espécie de **condição de procedibilidade**, ou seja, nos casos previstos em lei o uso da mediação funciona como verdadeira condição para o exercício do direito de ação. Alguns autores brasileiros – pode-se citar por exemplo Humberto Pinho, professor da UERJ – apontam como caminho a necessidade, no caso do Brasil, das partes demonstrarem ao Juízo que houve a tentativa de alguma maneira, de se resolver o conflito e maneira consensual. A comunicação com este viés deveria ser demonstrado em juízo. Defende-se que trataria-se de uma ampliação no conceito de interesse de agir, como forma de racionalizar a prestação jurisdicional.

#### **4. O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA E SEUS DESAFIOS**

Diante das novas conformações da família e de suas reais necessidades, bem como da redefinição de papéis dos seus membros e da própria função da família dentro da sociedade, houve uma mudança também na esfera dos conflitos que acabam por fazer parte do cotidiano dessas pessoas. As relações socioafetivas possuem contornos e características próprias e com isso também surgem problemas e questões específicas.

Nesta conjuntura, faz-se necessário o redimensionamento de toda a ideia do que é um conflito e de como este deve trabalhado para se alcançar o melhor resultado, não do ponto de vista da adequação apenas as normas jurídicas, mas sim da resolução da situação e busca pelo provimento mais adequado para trazer a pacificação aquela família.

#### **4.1 Relações socioafetivas e as novas conformações de núcleos familiares - Aspectos jurídicos das relações familiares e a contribuição dos métodos alternativos de resolução de conflitos para a busca da pacificação social**

Com o redimensionamento das relações, calcadas em laços de afeto, os conflitos envolvendo a família tornaram-se ainda mais de fundo psicossocial e emocional que patrimonial. Isto se torna nítido nas relações socioafetivas, onde o que impera é o carinho, a confiança e a relação construída que sobrepõe às questões biológicas. Assim, os conflitos repercutem em camadas muito mais íntimas e extensas que um mero problema financeiro. Quando envolve filhos, isto é especialmente delicado. Ou seja, a morosidade, o distanciamento típicos do processo comum não atendem adequadamente a essas questões.

Quando visualiza-se uma disputa pela guarda de um menor, diante de um conflito entre seus pais, resolver tal situação – o conflito – da forma mais rápida e menos litigiosa possível, é necessidade premente, tanto no que diz respeito a proteção desse menor quanto a promoção de uma relação mais pacífica e harmoniosa naquela família. Assim, a mediação familiar desponta como possibilidade querida e eficaz no trabalho de tais situações. Não há melhor avaliador para a relação afetividade que envolve aquela determinada situação que os próprios envolvidos, ou seja, aqueles que se envolvem psico-afetivamente e que possuem a visão mais real da construção familiar que ali existe. Neste sentido aponta Manoella Fernandes Leite,

A mediação compreende o conflito como algo natural, ou seja, próprio do relacionamento humano e necessário para o aprimoramento das relações. Segundo a visão de Groeninga (2007) “o conflito é inerente ao ser humano, sendo assim uma consequência da vida dialética”. A questão é saber como gerenciá-lo de modo que as partes envolvidas no litígio saiam ganhando produtiva e eficazmente (LEITE, 2008)

A utilização de métodos alternativos para resolução de conflitos é uma realidade usual em diversos países, trazendo excelentes resultados. Inclusive na própria seara familiar. Assim, considerando que a mediação familiar pode ser aplicada nos mais variados tipos de conflitos – parentais, divórcio ou separação, regulação do poder parental, partilhas – esta desponta como alternativa eficiente e que promove um acesso a justiça amplo e efetivo àqueles que a procuram.

## 5 CONCLUSÃO

Com toda certeza o Direito de todos os meios de controle e adequação social é o mais eficaz. Mas também o é quando se trata da promoção da justiça e da efetivação da igualdade social. Questiona-se sempre no meio jurídico – doutrina, Judiciário, legislador e a academia – as muitas diferenças que as vezes existem entre o que é preconizado e o que é de fato efetivado.

A partir da Constituição da República de 1988, houve uma modificação consubstancial e sensível na compreensão do que é a família e de qual sua função na sociedade hodierna. A Carta Maior trouxe uma clausula aberta de entidades familiares, de modo a não mais limitar a proteção também constitucional outorgada a família apenas aquelas oriundas do matrimônio. A função da família também foi revista. Já não mais trata-se de entidade hierarquizada, patrimonialista e com fulcro em si mesma enquanto instituição. Mas seu enfoque e realização se dá na medida que propicia aos seus membros o local adequado para se desenvolverem enquanto indivíduo e cidadão.

Bem como, as relações familiares também possuem juridicamente uma nova conformação. Com a valorização e reconhecimento do afeto como promotor de laços e criador de relações de parentesco. A ideia da socioafetividade tomou dimensões maiores e hoje a jurisprudência assim como a doutrina reconhece no afeto o principal elo de ligação entre os membros de uma família e assim sendo, capaz de definir os contornos da mesma.

Da mesma forma os métodos alternativos de resolução de conflito ganharam maior espaço e prestígio, tanto na prática quanto nas pesquisas e estudos realizados. Sua

utilização tem se mostrado extremamente eficaz para os mais diversos ramos do Direito. No caso da mediação em específico, os envolvidos tem a oportunidade de se colocarem frente a frente e assim buscarem a compreensão das razões que levaram ao conflito e qual é a melhor forma de lidar com este e buscar a sua solução.

Considerando a multiplicidade de entidades familiares da atualidade, propiciado pela cláusula aberta trazida pela CRFB/1988, e a luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, faz-se necessário o repensar da maneira como os conflitos dessas entidades são trabalhados. O meio tradicional – o litígio junto ao Judiciário – acaba por terceirizar ao Estado-juiz o poder de decisão acerca do conflito e de como este deve ser solucionado. Entretanto, o que se está terceirizando ao final são os destinos dessas relações, bem como das famílias que estão constituídas. Ninguém melhor do que aquele que está inserido no problema, aquele que possui os laços afetivos que originaram aquela relação e corre o risco de ser destruídos, para debater e nortear como este deve ser tratado. Com isso, acredita-se que as chances de uma resolução que tenha como desfecho a real pacificação social seja bem maior.

## **REFERÊNCIAS**

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O preconceito e a Justiça**. 5ª Ed. Revista dos Tribunais. Barra Funda, SP. 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4ª Ed. Saraiva. Cerqueira César, SP. 2011.

MADALENO, Rolf. **Filhos do coração**. In: Revista brasileira de direito de família, n.23. Porto Alegre: Síntese, abril/maio, 2004

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e Responsabilidade, teoria e prática do direito de família**. Ed. Magister, 2010. Porto Alegre, RS.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil: Teoria Geral**. 8ª Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, RJ. 2010.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil: Famílias**. 10ª Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, RJ. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TAVARES, Fernando Horta; SOUZA, Iara Antunes de; FERREIRA, Isaac Espíndola Vitorino; BONTEMPO, Tiago Vieira. **Apontamentos para o reconhecimento das uniões homossexuais face ao paradigma do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322010000200005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322010000200005&script=sci_arttext) > Acesso em 13 jul.2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Org.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 477554, AgR / MG, rel. Des. Min. Celso de Mello, j. 16/08/2011. Disponível em: < <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=5&s=6> > Acesso em 28 ago.2013

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **A efetividade do processo**. In: Curso de Direito do Trabalho - vol. 4: Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Mediação, Cidadania e Emancipação Social. A experiência da implantação do centro de mediação e cidadania da UFOP e outros ensaios**. Belo Horizonte: Forum. 2010.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **“Resgate dos direitos humanos em situação adversas de países periféricos”**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, no. 47. 2005 – p. 181-216.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. Florianópolis: Editora Habitus, 2001.

